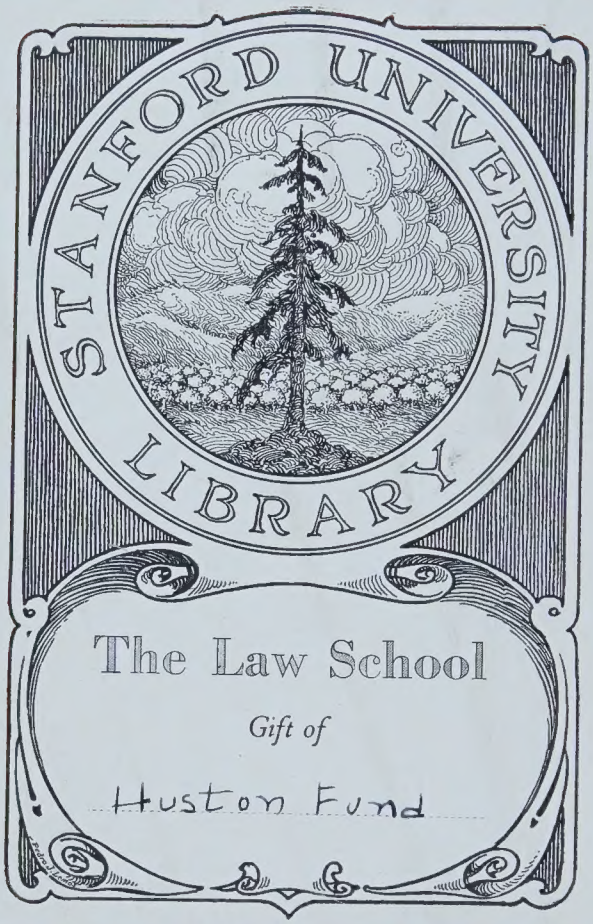


The Law School

Gift of

Huston Fund

EY
LWL
IWp
v. 3

PANDECTES

GAND, IMPRIMERIE VAN DOOSSELAERE, BOULEVARD HEIRNISSE — 25838

PANDECTES

CONTENANT

L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN

ET

LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

PAR

P. VAN WETTER

PROFESSEUR ORDINAIRE A L'UNIVERSITÉ DE GAND

TOME TROISIÈME

LES OBLIGATIONS (1RE PARTIE)

SECONDE ÉDITION DES *OBLIGATIONS EN DROIT ROMAIN*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne librairie F. Pichon réunies

20, RUE SOUFFLOT

1910

362458

PRÉFACE.

Le tome III de nos Pandectes formera, avec le tome IV, la seconde édition de nos *Obligations en droit romain*. Nous n'avons pas voulu renoncer aux développements contenus dans notre précédente étude, d'abord à cause de l'importance capitale de la matière des *Obligations*, ensuite parce que cette matière fait l'objet principal de l'enseignement des Pandectes dans les Universités belges; c'est surtout en vue des élèves qu'a été maintenue, dans les notes, la traduction d'un certain nombre de textes relatifs à cet enseignement. Nous nous sommes borné à supprimer les règles qui ont trouvé leur place dans d'autres parties du système juridique; la première rédaction a aussi subi des changements assez notables. Les tomes III et IV de nos Pandectes auront donc le caractère d'un ouvrage approfondi; l'excellent *Lehrbuch* de Schilling *für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* offre la même particularité.

Gand, le 1er février 1910.

LIVRE TROISIÈME.

DES OBLIGATIONS.

BÜCHER, *Das Recht der Forderungen*, Leipzig, 1830, 2e édition, 1re de 1815.

UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, 2 vol., Leipzig, 1840, ouvrage publié après le décès de l'auteur par HUSCHKE.

MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, 2 vol., Gand, 1866-1867, 2e édition, 1re de 1851-1853. Ouvrage publié après le décès de l'auteur.

MOMMSEN (FRÉDÉRIC), *Beiträge zum Obligationenrecht*, 3 fascicules, Brunswick, 1853-1855, et *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, 2 fascicules, Brunswick, 1859-1879.

KOCH, *Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preussischem Rechte*, 3 vol., Berlin, 1858-1859, 2e édition, 1re de 1836-1843.

RYCK, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem Deutschen Recht*, 3 fascicules, Berlin, 1883-1889 (partie générale des obligations).

BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, 9 fascicules, Turin, 1905-1909.

Rappelons encore SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 2 vol., Berlin, 1851-1853, déjà cité au T. I, p. 33.

TITRE I.

Des obligations en général.

I. 3, 13, *de obligationibus.* — D. 44, 7, et C. 4, 10, *de obligationibus et actionibus.*

---

§ 283. NOTIONS.

1° Comme nous l'avons expliqué[1], l'obligation est un rapport juridique en vertu duquel une personne est astreinte à une prestation au profit d'une autre. Elle comprend deux faces : l'obligation dans le sens actif, le droit de créance ou la créance, qui prend aussi simplement le nom d'obligation [*obligatio*[2], *nomen*[3]] et l'obligation dans le sens passif, la dette, encore l'obligation sans qualification spéciale [*obligatio*[4]][5].

2° L'hypothèque s'appelle aussi une *obligatio*; c'est une obligation réelle, une dette qui grève une chose, une *obligatio rei*[6], tandis que l'obligation par excellence est une obligation personnelle, une dette de la personne[7].

CHAPITRE I. — DES EFFETS DES OBLIGATIONS.

§ 284. APERÇU DE LA MATIÈRE.

Tout débiteur doit payer; le payement est l'effet nécessaire de l'obligation; il fera l'objet de la section I du présent chapitre. Mais il se peut que le payement n'ait pas lieu ou bien qu'il se fasse d'une manière tardive, qu'il y ait demeure; les sections II et III seront consacrées respectivement à l'inexécution de l'obligation et à la demeure. Il y a aussi certains moyens d'assurer l'exécution de l'obligation; nous nous en occuperons dans la section IV.

(1) T. I, § 25, I, 2°.

(2) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4; rubrique I. 3, 28, *per quas personas nobis obligatio adquiritur;* encore *jus obligationis;* I. 2, 2, *de reb. incorp.*, § 2 i. f.

(3) D. 29, 2, *de adq. v. omitt. hered.*, L. 37 i. f.; D. 46, 6, *rem pup. salv. fore*, L. 9.

(4) D. 12, 7, *de cond. sine causa*, L. 3; D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 19 § 2; encore *obligationis onus*; D. 3, 3, *de procur.*, L. 67 i. f.

(5) Le débiteur et le créancier prennent le nom commun de *rei* (rubrique D. 45, 2, *de duobus reis constituendis*); dans le cas d'une stipulation, il y a un *reus promittendi* et un *reus stipulandi;* D. *eod.*, L. 1. — (6) T. II, § 258, 2°.

(7) Le mot *obligatio* désigne aussi d'une manière abusive la cause de l'obligation : la convention, le délit, etc. (D. 50, 16, *de V. S.*, L. 19; D. *h. t.*, L. 53 initio) ou l'écrit qui sert à la prouver; C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 7.

Section I. — **Du payement.**

D. 46, 3, et C. 8, 42 (43), *de solutionibus et liberationibus.*

§ 285. GÉNÉRALITES.

1° Le payement (*solutio*) est la prestation de ce qui fait l'objet de l'obligation; celui-là paye qui fait ou omet ce qu'il est tenu de faire ou d'omettre[1]. En droit on paye toute espèce de choses, de l'argent monnayé, d'autres choses mobilières, des immeubles, voire même des faits de l'homme, bien que, dans le langage vulgaire, on ne parle guère que du payement d'une somme d'argent[2].

2° Avant l'introduction de la monnaie, le payement d'une somme d'argent se faisait par un mode analogue à la mancipation[3], *per aes et libram*; en présence de cinq témoins, un *libripens* pesait le lingot de métal donné en payement par le débiteur; après quoi, le créancier déclarait le débiteur libéré[4]. Lorsque la monnaie apparut à Rome, ce pesage solennel fut remplacé par la simple numération des espèces[5].

§ 286. DE LA PERSONNE QUI PAYE.

I. Le débiteur seul *doit* payer; mais un tiers quelconque *peut* payer à la place du débiteur, de manière à libérer ce dernier, pourvu qu'il fasse le payement au nom du débiteur, dans l'intention de lui procurer sa libération. Le tiers doit donc faire le payement comme mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires; s'il paye en nom propre, fût-ce avec l'argent du débiteur, il ne libère pas celui-ci[1]. Au reste, le tiers peut payer contre le gré du créancier et contre le gré du débiteur.

1° Il peut payer contre le gré du créancier, car celui-ci n'a

§ 285. — (1) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 176. 'Solvere' dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.

(2) Le mot *solutio* a parfois une portée encore plus large, on l'applique à toutes les causes d'extinction des obligations; c'est son sens grammatical, *solvere* c'est rompre ou dissoudre le lien obligatoire; D. *h. t.*, L. 54; D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 2.

(3) Ce n'était pas une mancipation proprement dite, on n'aliénait pas une chose contre de l'airain; Gaius, I, 119; l'airain seul faisait l'objet de l'aliénation.

(4) Gaius, I, 122, cbn. avec III, 174.

(5) Toutefois nous voyons que, encore à l'époque de Gaius, on recourait à un payement simulé *per aes et libram* pour remettre certaines dettes au débiteur; Gaius, III, 173-175; cf. T. IV, 510, note 6. On peut donc supposer qu'on aura continué pendant quelque temps à faire un pesage symbolique à l'occasion des payements de monnaie, du moins pour certaines dettes; cf. Schilling, III, § 267 i. f., et Namur, II, § 361.

§ 286. — (1) D. *h. t.*, L. 17 initio.

aucun intérêt à refuser le payement[1a]. Mais la régle cesse avec son motif lorsqu'un pareil intérêt existe, notamment lorsque le créancier a contracté en vue de l'habileté personnelle du débiteur; c'est ce qui arrive souvent dans les obligations de faire, par exemple je stipule de quelqu'un qu'il me fera un tableau; je ne suis pas tenu d'accepter le tableau d'un tiers[2]. Si le créancier est en général tenu d'accepter le payement offert par un tiers, il est libre de ne pas lui céder ses actions relatives à la dette; le tiers n'a aucun titre pour réclamer cette cession; si on la lui refuse, il lui est loisible de ne pas payer[3]. Le bénéfice de cession d'actions appartient exclusivement aux codébiteurs solidaires et au tiers acquéreur de bonne foi d'une chose hypothéquée. Pour les codébiteurs solidaires il se fonde sur ce qu'ils sont tenus de payer solidairement la dette, bien qu'ils l'aient contractée conjointement avec d'autres[4]. Quant au tiers détenteur de bonne foi d'un bien hypothéqué, le bénéfice se justifie par la considération que ce tiers paye la dette pour échapper à la restitution de la chose acquise dans l'ignorance de l'hypothèque[4a].

2° Le tiers peut également payer contre le gré du débiteur; l'opposition de celui-ci est dépourvue d'intérêt[5]. La règle est absolue, comme le motif sur lequel elle repose. Mais il faut que le tiers paye pour compte du débiteur, au nom de ce dernier, donc comme mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires; s'il paye en nom propre, fût-ce avec l'argent du débiteur, celui-ci n'est pas libéré. Autre chose est de savoir si le tiers qui paye pour compte du débiteur, a un recours contre ce dernier. Certainement ce recours lui appartient s'il a fait le payement en qualité de mandataire, tuteur ou curateur du débiteur. En principe il en sera de même lorsqu'il a payé comme gérant d'affaires. Le recours ne cesse que si le tiers a payé dans l'intention de faire une libéralité au débiteur ou bien malgré l'opposition de celui-ci, car cette opposition exclut l'action contraire de gestion d'affaires. Même lorsque le débiteur s'est opposé au payement, le tiers se crée encore un recours s'il obtient du créancier la cession volontaire de ses actions[6]. Le

(1a) Arg. D. *h. t.*, L. 72 § 2 i. f. cbn. avec l'initium.

(2) D. *h. t.*, L. 31 initio. — (3) C. *h. t.*, L. 5.

(4) C. 4, 65, *de locat.*, L. 13 § 1 cbn. avec le pr. Cf. T. III, § 334, I, 2°.

(4a) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 19.

(5) I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. initio; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 38 (39); D. *h. t.*, L. 23, L. 53.

(6) A défaut de cette cession, le débiteur n'est soumis à aucun recours. On ne saurait accorder au tiers une action *in factum*, car il est lésé par son propre fait. Une action *de in rem verso* est également impossible; cette action ne s'accorde pas au *gérant d'affaires* contre le maître, mais *aux tiers* qui ont contracté avec le

recours s'exercera par les actions contraires de mandat, de tutelle[7] ou de gestion d'affaires ou bien par les actions cédées du créancier, telles que l'*actio mutui* et l'action hypothécaire.

II. Lorsque la dette a pour objet une dation, c'est-à-dire un transfert de propriété ou la constitution d'un autre droit réel, le payement, pour être valable, requiert dans la personne du payant deux conditions spéciales; le payant doit être propriétaire de la chose payée et capable d'aliéner, il n'y a que le propriétaire capable d'aliéner qui puisse faire la dation. Si l'une de ces conditions fait défaut, le payement est nul; la dation était de son essence et elle n'a pas eu lieu. Mais cette nullité du payement n'est pas toujours également absolue; pour en déterminer le caractère exact, il convient de considérer séparément les deux conditions précitées.

1° Le payant n'était pas propriétaire de la chose payée. — Ici le payement dans son principe est complètement nul. Il s'ensuit que la dette subsiste et que le créancier conserve son action contre le débiteur[8]. Le débiteur d'un corps certain devra s'efforcer de l'acquérir pour rendre le créancier propriétaire; le débiteur d'un genre devra se procurer la propriété de la chose payée, ou bien encore faire la dation d'une autre chose du même genre; s'il prend le second parti, il pourra répéter comme indue la chose qu'il a payée en premier lieu. Toutefois le payement se confirme après coup, d'abord si le créancier acquiert la propriété de la chose payée, notamment par usucapion[9] ou par la confusion résultant du mélange des choses reçues avec les siennes[10], ensuite s'il consomme de bonne foi les choses payées[11]. Dans le premier cas, le créancier étant devenu propriétaire, le vice du prêt est effacé; dans le second, la consommation procure au créancier tous les avantages matériels d'un payement valable. Quant au tiers propriétaire, sa revendication est éteinte avec sa propriété, sauf pour l'argent consommé; mais il dispose d'une action *in factum* contre le débiteur qui s'est libéré et enrichi aux dépens du tiers. Dans le cas où le créancier a consommé de mauvaise foi, le payement reste nul et le tiers propriétaire a contre le créancier l'action *ad exhibendum* en dommages et intérêts[12].

2° Le payant était propriétaire de la chose payée, mais incapable

gérant, contre le maître; C. 4, 26, *quod cum eo qui in al. est pot.*, L. 7 § 3 (1). Maynz, II, § 288, note 3, accorde l'action *de in rem verso*. Cf. T. IV, § 474, I, 2°.

(7) Cette dernière action se donne utilement au curateur; D. 27, 4, *de contraria tutelae et utili actione.*

(8) D. *h. t.*, L. 46 pr. initio. Voyez encore D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 15 § 1 initio. — (9) Arg. D. *h. t.*, L. 60. — (10) D. *h. t.*, L. 78.

(11) Arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 12 i. f., L. 13 pr. i. f. et § 1 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 78 i. f. Cf. T. IV, § 440, note 14 initio.

d'aliéner, c'était un mineur par exemple. — Le payement est encore nul[13]. Mais il ne l'est que vis-à-vis du mineur, lui seul peut se prévaloir de la nullité. A l'égard du créancier le payement est valable, car pour lui il ne renferme aucun vice; le créancier n'est donc pas admis à invoquer la nullité du payement. Le payement étant réputé non avenu vis-à-vis du mineur, celui-ci demeure propriétaire et peut revendiquer[14], du moins aussi longtemps que les choses ne sont pas consommées; sa propriété et sa revendication s'éteignent par suite de la consommation, sauf pour l'argent Si les choses ont été consommées de bonne foi, il peut, sur le fondement du payement indu, exercer une *condictio sine causa*, en restitution d'une quantité égale de choses de même espèce et qualité[15]; si la consommation a eu lieu de mauvaise foi, il peut agir en dommages et intérêts par l'action *ad exhibendum*[16]. Toutefois, lorsque le mineur n'a payé que ce qu'il devait à tous les points de vue, il n'a aucun intérêt à la restitution; s'il l'obtenait, il pourrait immédiatement être contraint de payer une seconde fois la même chose, d'une manière régulière; c'est pourquoi son action serait, dans l'espèce, repoussée faute d'intérêt[17]. D'autre part, lorsque la chose payée a péri fortuitement chez le créancier, le mineur a intérêt à considérer le payement comme valable; il se gardera donc d'en invoquer la nullité et, comme le créancier ne peut pas l'invoquer, le payement produira tous ses effets; le mineur sera libéré. Si le créancier a fait périr la chose par sa faute, il est soumis à des dommages et intérêts.

§ 287. DE LA PERSONNE A QUI L'ON PAYE.

I. Le payement doit être fait au créancier ou à son représentant.

1° Le créancier qui reçoit le payement, doit être capable d'aliéner, un mineur n'a pas cette capacité; on ne paye donc pas valablement entre ses mains. C'est que la réception du payement implique une aliénation de la créance, elle a pour effet de l'éteindre[1]. Si le créancier est incapable d'aliéner, le payement doit être fait, soit au créancier avec l'autorisation de son tuteur ou le consentement de son curateur[1], soit au tuteur ou au curateur[2]. Dans le cas où le

(13) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 i. f.; D. 26, 8, *de auctor. et cons. tut. et curat.*, L. 9 § 2 initio; D. *h. t.*, L. 14 § 8 initio.

(14) L. 14 § 8 initio, cit.; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 29.

(15) L. 29 cit. Cf. D. *h. t.*, L. 14 § 8 i. f., et D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 9 § 2 i. f. — (16) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2 initio.

(17) Arg. D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 9 § 2 i. f., et D. *h. t.*, L. 14 § 8 i. f.

(1) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2, vis ideoque si debitor..... alioquin non liberabitur; D. *h. t.*, L. 15 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 14 § 7, cf. L. 14 § 1 et 6.

créancier est mineur, il faut en outre une homologation judiciaire, toutes les fois qu'il s'agit de recevoir des capitaux quelconques[3] ou bien des revenus extraordinaires, c'est-à-dire des revenus excédant à la fois deux années et 100 solides (environ 1500 fr.)[4]; le tuteur ou le curateur ne peut recevoir seul que des revenus d'un ou de deux ans, quel qu'en soit l'import, et des revenus de plus de deux ans qui ne dépassent pas 100 solides[5]. Mais *quid* si un créancier incapable d'aliéner a reçu seul un payement? Le payement est nul, parce qu'il n'a pas été fait dans les conditions requises; la dette subsiste donc et le débiteur peut être contraint de payer une seconde fois[6]. Néanmoins, le créancier est toujours tenu jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré du premier payement, car personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; pour le montant de ce profit, le créancier qui réclame un second payement, sera repoussé par l'exception de dol[7]. Le créancier aura profité du premier payement s'il a encore par devers lui la chose reçue ou bien s'il en a fait un bon emploi, mais non s'il en a fait un mauvais emploi ou bien s'il l'a perdue. L'emploi sera utile si le mineur a, par exemple, avec l'argent reçu acheté des livres indispensables à ses études. Il sera inutile si le mineur a dépensé l'argent dans un voyage de plaisir ou d'une autre manière frivole; il peut l'avoir perdu au jeu ou à la suite d'un vol[8].

2° Le représentant du créancier, admis à recevoir le payement à sa place, peut être, comme nous l'avons déjà dit, un tuteur ou un curateur. Ce peut être aussi un mandataire du créancier[9], pourvu que le mandat porte spécialement sur la réception du payement ou bien que cette réception rentre dans les limites naturelles du mandat; tel est le cas du mandataire qui a été chargé de l'administration de tous les biens du créancier[10]. Mais le mandataire *ad litem* comme tel n'a pas qualité pour recevoir le payement[11]. Le représentant du créancier peut encore être un *adjectus solutionis causa*[12]. On appelle ainsi la personne que le débiteur et le créancier ont désignée de commun accord à l'effet de recevoir le payement. Pareille désignation peut avoir lieu d'une manière tacite; lorsqu'on stipule pour soi *ou* pour un tiers, le tiers, qui n'est pas intervenu

(3) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2, vis Sed etiam hoc..... securitas; C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 25. — (4) C. *eod.*, L. 25 § 2, L. 27. — (5) L. 27 cit.

(6) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2, vis alioquin non liberabitur.

(7) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2. vis Sin autem aliter..... solverit; D. *h. t.*, L. 15 i. f.

(8) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, § 2, vis citis; D. *h. t.*, L. 15 i. f., L. 47, § 1. Cf. D. *h. t.*, L. 47 pr., et D. 44, 1, *de except.*, L 4.

(9) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 180; D. *h. t.*, L. 12 pr. initio.

(10) D. *h. t.*, L. 12 pr., L. 34 § 3. — (11) D. *h. t.*, L. 86.

(12) Cf. D. *h. t.*, L. 12 § 1.

au contrat, n'est point créancier; mais les parties ont voulu que le débiteur pût se libérer en lui faisant le payement, comme en payant le créancier (13). Les parties sont d'ailleurs libres de faire, au sujet de l'*adjectio solutionis causa*, telles conventions qu'elles jugent convenables. Le débiteur peut se réserver la faculté de payer à l'*adjectus* une chose autre que celle qu'il doit à son créancier (*Spondesne mihi 10 aut Titio Stichum dare?*) (14); il y a dans ce cas une obligation facultative, en ce sens que le débiteur peut payer à un *tiers* la chose qui ne fait pas l'objet de l'obligation (15). Les parties peuvent changer, en ce qui concerne l'*adjectus*, les autres conditions du payement, notamment le temps (16) et le lieu (17) du payement. Il est encore en leur pouvoir de subordonner l'*adjectio* à une condition (18). Dans tous ces cas, le débiteur qui veut user du droit de faire le payement à l'*adjectus*, doit se conformer aux arrangements intervenus; il ne peut payer à l'*adjectus* que la chose convenue, au jour ou au lieu convenu, ou bien pour autant que la condition ajoutée à l'*adjectio* se soit réalisée, sinon le payement est nul (19). Pour déterminer les effets de l'*adjectio solutionis causa*, il faut partir de ce double principe, puisé dans la nature même de l'*adjectio*, qu'elle suppose un mandat donné par le créancier à un tiers, à l'effet de recevoir le payement, et que le débiteur a le droit acquis de se libérer en payant l'*adjectus*. Ainsi d'une part, l'*adjectus* ne peut faire qu'une chose, recevoir le payement; tous autres actes lui sont interdits; il n'a pas qualité pour poursuivre le débiteur en justice, pour lui remettre la dette, pour

(13) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4, v^is^ Plane solutio..... . mandati actionem; D. *h. t.*, L. 12 § 1. A la vérité, il est possible qu'en stipulant pour soi ou pour un tiers, on ait seulement voulu stipuler pour soi d'une manière conditionnelle, notamment pour le cas où le tiers ne serait pas payé (*si Titio 10 non dederis, spondesne mihi 10 dare?*; D. *h. t.*, L. 98 § 5 initio); alors on se trouve en présence d'une stipulation conditionnelle ordinaire; L. 98 § 5 initio cit. Mais la stipulation faite pour soi ou pour un tiers n'a cette portée qu'en vertu d'une convention spéciale; L. 98 § 5 cit., v^is^ quod ita..... solutum non esset.

(14) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 4.

(15) Mais le payement de l'autre chose entre les mains de l'*adjectus* ne libère le débiteur que par voie d'exception; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 4 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 141 § 5. — (16) D. *h. t.*, L. 98 § 4; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 141 § 6.

(17) D. *h. t.*, L. 98 § 6.

(18) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 141 § 7 initio; D. *h. t.*, L. 98 § 4 initio.

(19) Toutefois, le créancier ne peut forcer le débiteur à payer une seconde fois que si la prestation faite à l'*adjectus* diffère essentiellement de celle qui devait être faite; par exemple, le débiteur a payé à l'*adjectus* une chose autre que celle qu'il devait lui payer. Dans l'hypothèse contraire, par exemple, s'il a payé 10 à Ephèse, au lieu de faire le payement à Smyrne, le créancier aura seulement droit à des dommages et intérêts; D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 7.

conclure une novation [20]. Par là il se sépare du costipulant, de l'*adstipulator*, lequel est créancier en titre et jouit de tous les droits inhérents à cette qualité. Son mandat, comme tout autre, s'éteint par son décès, il ne passe pas à ses héritiers [21]. Il doit rendre compte au créancier de l'exécution du mandat et lui restituer ce qu'il a reçu du débiteur; il peut y être contraint par l'*actio mandati directa* [22]. D'autre part, le débiteur a le droit acquis de se libérer de sa dette en payant l'*adjectus*. Donc le créancier n'a pas le droit de révoquer l'*adjectus*; cette révocation n'empêche pas le débiteur de payer entre les mains de ce dernier, le créancier ne peut le dépouiller d'un droit contractuel [23]. Le mandat ne cesse pas davantage au décès du créancier.

II. Mais le payement fait à une personne autre que le créancier ou son représentant est nul [24].

A) Tel est le payement fait au possesseur d'une hérédité; il ne libère pas le débiteur vis-à-vis de l'héritier véritable. Peu importe la bonne foi du débiteur; si celui-ci a cru payer le véritable héritier et créancier, il n'en est pas moins vrai qu'en réalité le payement a été fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir. Le débiteur, contraint de payer une seconde fois, peut seulement exercer contre le possesseur de l'hérédité la *condictio indebiti* [25], car il lui a fait un payement qui ne lui était pas dû [26]. Mais l'héritier véritable peut aussi, par la pétition d'hérédité, forcer le possesseur de la succession à lui rendre compte de ce qu'il a reçu du débiteur héréditaire, soit pour le tout, s'il a été de mauvaise foi, soit au moins jusqu'à concurrence de son enrichissement, s'il a été de bonne foi [27]. Lorsque cette restitution totale ou partielle a lieu, le débiteur est libéré vis-à-vis de l'héritier, soit en tout, soit en partie; la restitution implique de la part du possesseur de l'hérédité payement de la dette d'autrui; ce payement libère le débiteur *ex post facto*, en tout ou en partie [28].

B) Le payement fait à un gérant d'affaires est aussi frappé de nullité, malgré la bonne foi du débiteur, qui a considéré le gérant comme un mandataire; le gérant d'affaires n'est pas un représentant du créancier au point de vue de la réception du payement,

(20) D. *h. t.*, L. 10. — (21) D. *h. t.*, L. 81 pr.

(22) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4, vis sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. — (23) D. *h. t*, L. 12 § 3, L. 106 initio.

(24) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 38 (39).

(25) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 11. — (26) D. *eod.*, L. 65 § 9 initio.

(27) D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 31 § 5 initio, cbn. avec L. 20 § 6c i. f. (6 i. f.).

(28) D. *eod.*, L. 25 § 17, vis Nam et si id quod....., L. 31 § 5 i. f. De même l'héritier payé par le débiteur ne peut plus forcer le possesseur de l'hérédité à restituer ce qu'il a reçu du débiteur.

sinon le premier venu pourrait dépouiller le créancier de son droit[29]. Mais comme la ratification de la gestion d'affaires équivaut à un mandat, elle rend le payement valable[30]. Le payement étant nul, sauf ratification, le débiteur peut-il le répéter contre le gérant? Il faut distinguer. Si le débiteur a considéré le gérant comme un mandataire, il peut immédiatement répéter par la *condictio indebiti*, aussi longtemps que la ratification n'a pas eu lieu[31]; car jusque-là le payement est fait à quelqu'un qui n'avait aucune qualité pour le recevoir[32]. Si, au contraire, le débiteur a su qu'il faisait le payement à un simple gérant d'affaires, il est seulement autorisé à répéter après que le créancier a refusé de ratifier la gestion; il répétera par la *condictio causa data causa non secuta*. Il a payé en vue de la ratification de la gestion et il n'y a payement sans cause qu'après le refus de ratifier[33].

C) Est encore nul en principe le payement fait au créancier du créancier. Primus doit 1000 as à Secundus, lequel en doit de son côté 1000 à Tertius; Primus paye 1000 as à Tertius, dans l'intention d'acquitter sa dette envers Secundus; il reste débiteur de celui-ci. On ne peut considérer le créancier du créancier comme un représentant de ce dernier, ayant qualité pour recevoir le payement en son lieu et place. Mais la règle énoncée doit être entendue sous les réserves suivantes :

1° Il va de soi que le payemeut fait au créancier du créancier est valable dès l'origine ou le devient après coup, lorsque le créancier direct a donné à son créancier l'autorisation de le recevoir ou bien l'a approuvé après coup. Un tel payement est fait au mandataire du créancier direct, ou bien, ce qui revient au même, à un gérant d'affaires approuvé[34].

2° Pas de doute non plus que le débiteur soit libéré si le créancier du créancier restitue à ce dernier la chose reçue, si, dans l'exemple précédent, Tertius remet les 1000 as à Secundus. Il y a alors un payement de dette de la part d'un tiers pour compte du débiteur[35].

3° Le payement fait au créancier du créancier peut constituer, de la part du payant, une gestion des affaires de son propre créancier; il a ce caractère si, dans l'exemple donné ci-dessus, Primus paye les 1000 as à Tertius, dans l'intention d'acquitter la dette de

(29) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 38 (39); C. *h. t.*, L. 12 initio.
(30) D. *h. t.*, L. 12 § 4; C. *h. t.*, L. 12 i. f. — (31) D. *h. t.*, L. 58 pr.
(32) Arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 65 § 9 initio.
(33) D. 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 14; D. *h. t.*, L. 58 pr., cf. L. 14 pr.
(34) Arg. D. 44, 4, *de doli mali exc.*, L. 6 i. f.
(35) Arg. D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 31 § 5; D. *h. t.*, L. 34 § 9, L. 28.

Secundus envers Tertius, et non sa propre dette envers Secundus. Cette gestion des affaires de Secundus le rend créancier réciproque de celui-ci, pourvu que Secundus ne se soit pas opposé au payement et que la gestion lui ait été utile; elle ne le serait pas si la dette de Secundus envers Tertius était simplement naturelle. Primus peut opposer sa créance réciproque en compensation à Secundus, qui le poursuit plus tard en payement, et se libérer par cette voie(36). C'est pourquoi le sous-locataire peut se libérer envers le locataire principal en payant, pour compte de ce dernier, le prix de la sous-location entre les mains du bailleur originaire(37).

§ 288. DE L'OBJET DU PAYEMENT.

I. Le débiteur doit payer la chose même qui fait l'objet de son obligation; le créancier n'est tenu d'en accepter aucune autre(1), quelle qu'en soit la valeur; la convention fait la loi des parties. Mais le créancier est libre d'accepter une autre chose(2); il y a alors dation en payement (*datio in solutum*). Celle-ci est une convention à titre onéreux(3), qui est soumise à la théorie ordinaire de cette catégorie de conventions; elle donne lieu à la garantie(4). D'après les circonstances c'est une vente ou un échange et on lui applique les règles qui régissent l'un ou l'autre de ces contrats(5).

(36) Arg. D. 44, 4, *de doli mali exc.*, L. 6 i. f.

(37) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11 § 5. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 582, *Anm.* 1. Beaucoup d'auteurs (LEYSER, *Medit. ad Pand.*, *Species* 528, *Medit.* 3. — PUCHTA, *Pand.*, § 288, et *Vorles* II, § 288 initio. — SINTENIS, II, § 103, note 75. — ARNDTS, § 263) soutiennent qu'en général le payement fait au créancier du créancier est valable; on argumente du D. 44, 4, *de doli mali exc.*, L. 6; mais cette loi signifie seulement que le débiteur qui paye le créancier de son créancier dans l'intention d'acquitter la dette de son créancier direct, est admis à compenser comme gérant d'affaires. D'autres (MÜLLER, *Civil Archiv* XV (1832), p. 263-277), tout au contraire, ne permettent pas même au débiteur qui paye le créancier de son créancier, d'opposer la compensation à son créancier immédiat. On a aussi soutenu (MOLITOR, cité, II, nº 996. — WINDSCHEID, II, § 342, 6, d, et note 42), dans le cas spécial de la sous-location, que le sous-locataire qui paye le bailleur principal, est libéré de plein droit envers le locataire principal, indépendamment de la compensation.

(1) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2 § 1 i. f.; C. *h. t.*, L. 16.

(2) I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. initio. RÖMER, *Die Leistung an Zahlungsstatt*, Tubingue, 1866.

(3) Arg. C. 8, 44 (45), *de evict*, L. 4, et D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 24 pr.

(4) L. 4 et L. 24 pr. cit.

(5) L. 4 et L 24 pr. cit.; arg D. *h. t.*, L. 46 pr. et § 1. Si les deux premiers textes représentent purement et simplement la dation en payement comme une vente, ils ne font qu'exprimer la règle générale; arg. du troisième texte; CUJAS, *Observ.* XIX, c. 38, *Opera omnia* I, col. 879-880, éd. de Prato. Il peut aussi y avoir un contrat réel innomé autre que l'échange.

La dation en payement, comme le payement, libère le débiteur de plein droit[6]. Par dérogation à la règle énoncée, le créancier est, dans deux cas, forcé d'accepter en payement une chose autre que celle qui lui est due :

1° Il existe des obligations dites facultatives où, en vertu d'une convention ou d'une disposition de la loi, le débiteur a le droit de payer, au lieu et place de la chose due, une autre chose, qui est seulement *in solutione* et non *in obligatione*[7].

2° Le débiteur d'une somme d'argent peut forcer son créancier à accepter des immeubles sur une estimation judiciaire, lorsqu'il ne possède ni numéraire, ni d'autres meubles, et que pour ses immeubles il ne trouve pas d'acheteur sérieux[8]; le créancier a le choix des immeubles[9]. A la rigueur, le débiteur devrait vendre ses immeubles à tout prix. C'est une disposition d'équité, contraire aux principes; elle est due à Justinien et connue sous le nom de bénéfice de dation en payement.

II. Le débiteur doit payer toute la dette en une fois, le créancier n'est pas tenu d'accepter un payement partiel. Par cela même que le débiteur a promis de payer une chose, il s'est engagé à la payer en une fois et sans division[10]. Néanmoins :

1° Le juge peut, eu égard à la position du débiteur, l'admettre à payer en plusieurs fois, avec des délais modérés[11].

2° En vertu d'un bénéfice dit de compétence, certains débiteurs ont le droit de garder de quoi suffire à leurs besoins, le créancier doit se contenter de l'excédent; il ne peut faire condamner le débiteur que *in quantum facere potest*[12]. Mais le débiteur qui jouit de ce bénéfice, n'est pas admis à réserver les biens nécessaires au payement d'autres dettes[13], de telle sorte que son bénéfice n'est pleinement efficace que s'il n'a pas d'autres créanciers ou s'il dispose aussi contre eux de la même faveur. Ont ce privilège les père et mère du créancier[14], ses frères et sœurs[15], les époux entre eux[16], le beau-père du mari pour le payement de la dot[17],

(6) Arg. I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. initio, et C. *h. t.*, L. 17. La question était douteuse à l'époque classique. Les Proculéiens défendaient l'extinction par voie d'exception, les Sabiniens l'extinction de plein droit; Gaius, III, 168. L'opinion sabinienne prévalut. — (7) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6 § 1; cf. T. III, § 327.

(8) Nov. 4, c. 3, pr. initio. — (9) Nov. 4, c. 3, pr., vis Res vero..... habere liceat.

(10) Arg. D 22, 1, *de usur.*, L. 41 § 1.

(11) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 21; D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 45 § 10.

(12) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173 pr.

(13) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 19 pr, L. 49, sauf le donateur; D. *eod.*, L. 19 § 1, L. 49 i. f., L. 50. Voyez encore D. 14, 5, *quod cum eo, qui in al. pot.*, L. 3, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 § 3. — (14) I. 4, 6, *de action.*, § 38.

(15) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 pr. — (16) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 20.

(17) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 17 pr. cbn. avec L. 15 § 2.

le mari pour l'obligation légale de restituer la dot[18], les associés entre eux[19], le donateur à l'égard du donataire[20] et le débiteur qui a fait cession de biens, quant à ses acquisitions ultérieures[21]. Le privilège étant fondé sur la qualité du débiteur est personnel à celui-ci; il ne profite ni à ses coobligés[22], ni à ses héritiers[23]. Il aura parfois cet effet que, malgré la solvabilité du débiteur, le créancier devra se contenter d'un payement partiel, sauf à reprendre plus tard les poursuites si le débiteur fait de nouvelles acquisitions[24].

III. Le débiteur doit payer la chose due avec tous ses accessoires, car l'accessoire suit le principal[25]. Le créancier a aussi droit au *commodum rei*, c'est-à-dire aux profits provenant de la chose à partir du jour de l'obligation. En effet, ce *commodum* constitue un accessoire de la chose; le créancier en eût joui si l'obligation avait été immédiatement exécutée, la circonstance qu'elle n'a été exécutée que plus tard ne doit pas modifier son droit[26]. En particulier le *commodum rei* comprend :

(18) I. 4, 6, *de action.*, § 37 initio, encore les enfants issus du mariage (D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 18 pr.) et le père du mari (D. *eod.*, L. 15 § 2, L. 16) pour le même objet. — (19) D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 pr. — (20) D. 39, 5, *de donat.*, L. 12 initio.

(21) D. 42, 3, *de cess. bonor.*, L. 4 pr., encore le patron, ses père et mère et ses enfants vis-à-vis de l'affranchi (D. 42, 1, *de re judic.*, L. 17), le fils de famille devenu *sui juris*, à raison des contrats conclus pendant qu'il était sous puissance, à moins qu'il ne soit arrivé à l'hérédité paternelle (D. 14, 5, *quod cum eo, qui in al. pot.*, L. 2, L. 4 pr.; cf. D. 15, 1, *de peculio*, L. 44), et les soldats; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6 pr., L. 18.

(22) I. 4, 14, *de replic.*, § 4 i. f.; D. 42, 1, *de re judic*, L. 24 pr., L. 41 pr. i. f.; D. 44, 1, *de except.*, L. 7 pr.; D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 § 1.

(23) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 24 § 1, L. 25; D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 § 2. Voyez encore D. 42, 1, *de re judic.*, L. 41 pr.

(24) C. 5, 18, *sol. matrim.*, L. 8 initio. Cf. C. 7, 71, *qui bon. ced. poss*, L. 1 initio. Dans le droit classique, la novation contenue dans la *litis contestatio* s'opposait à la reprise des poursuites, mais le débiteur devait fournir caution pour le cas de meilleure fortune; D. 15, 1, *de pec.*, L. 47 § 2; D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 § 4. En droit nouveau la reprise des poursuites ne rencontre plus aucun obstacle; voyez cependant C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un. § 7. Cf. Vangerow, I, § 174, *Anm.* 1, n° 1, Maynz, II, § 170, note 12, et Savigny, cité, I, § 12, 4, et note i.

(25) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 31, L. 14-18.

(26) Puchta, *Pand.*, § 272 initio, et *Vorles.* II, § 272 initio. — I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 i. f.; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 7 pr.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 10; C. 4, 49, *de A. E. V.*, L. 12 initio; C. 6, 2, *de furt.*, L. 22 § 3*a* i. f. Ces textes fondent le droit du créancier au *commodum* sur ce qu'il supporte le *periculum*; *commodum ejus esse debet, cujus periculum est*, dit Justinien dans le passage précité de ses Institutes. Le motif n'est pas exact; dans bien des cas, le *commodum* et le *periculum* dans les obligations ne sont pas pour la même personne. Dans la vente conditionnelle, le *periculum* de la perte totale est supporté par le vendeur (D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 8 pr. i. f.) et cependant c'est l'acheteur

1° L'augmentation de prix que la chose due acquiert dans le commerce[27];

2° L'alluvion[28] et l'avulsion[29] qui profitent à un fonds[30];

3° Les divers cas d'accession résultant du fait de l'homme[31], constructions, plantations, etc.[32];

4° Les fruits. Mais il importe de faire une distinction entre les fruits naturels et les fruits civils.

A) En principe le créancier d'une chose frugifère, notamment celui d'un fonds de terre, peut réclamer tous les fruits qui n'étaient pas séparés le jour de la formation de l'obligation[33]; ces fruits constituent éminemment un *commodum rei*. Mais si les fruits étaient déjà séparés le jour de l'obligation, ils forment des choses propres et indépendantes de la chose frugifère et par conséquent le créancier de cette dernière n'y a aucun droit. Il est indifférent que les fruits pendants fussent déjà mûrs ou seulement en herbes; leur degré de maturité n'influe en aucune façon sur leur nature[34].

qui profite incontestablement du *commodum*. De même le bailleur d'une chose supporte les risques et périls de la chose louée (D. 19, 2, *locati*, L. 19 § 6 initio) et il n'est pas moins certain que le *commodum* est pour le preneur. Si, par une convention spéciale, un débiteur assume les risques et périls, il n'est pas douteux qu'en principe le créancier ne conserve son droit au *commodum* et, dans les obligations de choses fongibles, le créancier, qui ne supporte pas le *periculum*, n'en profite pas moins de l'augmentation de prix des choses stipulées. Ces idées ont été bien défendues par MOMMSEN, *Erörterungen*, § 1 initio et 3 initio. Voyez dans le même sens ARNDTS § 253, *Anm.* 1. IHERING, *Abhandlungen*, *Abh.* 1, n° I, admet en thèse générale la règle *commodum ejus est debet, cujus periculum est*. Il en est de même de PUCHTA, *Pand.*, § 272, et *Vorles.* II, § 272, et de SINTENIS, II, § 101 i. f., p. 355-357. — (27) C. 4, 49, *de A. E. V.*, L. 12.

(28) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 i. f.; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 7 pr.; D. 32, *de leg. 3°*, L. 16.

(29) Arg. C. 4, 48, *de P. et C. R. V.*, L. 1 initio, et des textes cités à la note précédente.

(30) mais non le lit abandonné d'un fleuve public et l'île qui s'y forme; ces accessoires résultent de règles de pur droit positif et dès lors n'entrent pas dans les prévisions des parties; arg. D. 7, 1, *de usufr.*, L. 9 § 4, vis Sed si insula..... *Non obstat* D. 32, *de leg. 3°*, L. 16; ce passage accorde au légataire d'un fonds l'île née en face de ce fonds; sa décision se fonde sur l'interprétation large des dispositions de dernière volonté; par contre les conventions s'interprètent dans le doute en faveur des débiteurs. IHERING, *Abhandlungen*, *Abh.* 1, n° II, p. 7, note 1. — MOMMSEN, *Erörterungen*, § 4, p. 27-28. — (31) Cf. T. II, § 192.

(32) *Quid* de l'indemnité qui peut être due au maître de la chose accessoire? Elle incombe au créancier pour le montant de son enrichissement, sinon vis-à-vis du maître de la chose accessoire, au moins à l'égard du débiteur qui a payé ce dernier; cf. ARNDTS, § 253 initio.

(33) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38 § 8; C. 4, 49, *de A. E. V.*, L. 13 initio, L. 16 initio (vente). — D. 17, 2, *pro socio*, L. 38 § 1 (société).

(34) *Vatic. fragm.* 15. " Fructus pendentes, etsi maturi fuerunt, si eos venditor " post venditionem ante diem solvendi pretii percepit, emptori restituendos esse

Il va de soi que le créancier doit tenir compte au débiteur des frais qu'il a dû faire après le contrat pour la production, la perception et la conservation des fruits(35). Par dérogation à la règle énoncée, lorsqu'il s'agit d'un rapport obligatoire à titre gratuit, le créancier n'a droit aux fruits de la chose qu'à partir de la demeure(36) et dans les obligations de droit strict seulement à dater de la *litis contestatio*(37).

" convenit, si non aliud inter contrahentes placuit „. En accordant à l'acheteur les fruits alors même qu'ils sont mûrs, ce texte lui attribue aussi virtuellement les fruits en herbes.

2° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 10, ULPIEN, " Si fructibus jam maturis ager " distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum " est „.

Un fonds portant des fruits déjà mûrs avait été vendu; les fruits sont pour l'acheteur. On n'est évidemment pas autorisé à conclure de là *a contrario* que l'acheteur n'a pas droit aux fruits en herbes.

Les fruits de la chose vendue sont dus à l'acheteur, alors même qu'il n'a pas payé le prix de vente. Seulement l'acheteur qui réclame les fruits, doit payer de son côté les intérêts du prix; comme il jouit de la chose à partir du jour de la vente, il est tenu de faire jouir le vendeur du prix; *Vatic. fragm.* 2 " ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei *vice mutua* praeberi necesse est „. Cf. PAUL, II, 17, § 7 " Ex die emptionis, si pars pretii numerata sit, " et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad empto- " rem pertinent. „ HUSCHKE, dans sa *Jurisprudentia antejustiniana*, propose de rejeter dans le § 8 les mots " si pars pretii numerata sit „ et sa conjecture ne manque pas de vraisemblance. En admettant la leçon commune, rien ne prouve que les compilateurs de la loi romaine des Visigoths, par laquelle nous ont été transmises les Sentences de Paul, aient reproduit sans altération la doctrine du jurisconsulte romain, d'autant plus que dans le D. 22, 1, *de usur.*, L. 38 § 8, Paul attribue sans réserve à l'acheteur les fruits de la chose vendue " Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt „. Dans tous les cas, les Sentences de Paul ne faisant pas partie du recueil de Justinien ne peuvent prévaloir contre ce dernier. Voyez en ce sens MOMMSEN, *Erörterungen*, § 5, note 4 initio. Contra MOLITOR, cité, I, n° 418, qui, à défaut de payement du prix, n'accorde à l'acheteur que les fruits déjà mûrs lors du contrat et lui refuse les fruits en herbes.

(35) C. 4. 49, *de A. E. V.*, L. 16 i. f.

(36) D. 39, 5, *de donat.*, L. 22. — PAUL, III, 8, § 4; D. 22, 1, *de usur.*, L. 8; D. 30, *de leg. 1°*, L. 23; D. 32, *de leg. 3°*, L. 26. Cf. C. 6, 47, *de usur. et fruct. legat. v. fideic.*, L. 4, et PAUL, III, 6, § 46 (legs et fidéicommis).

(37) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38 § 7. Dans le droit classique cette règle s'appliquait aussi aux *condictiones incerti* (D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 3 § 1), mais plus sous Justinien; arg. D 22, 1, *de usur.*, L. 4 pr La doctrine professée par Papinien dans la loi 4 pr. cit. doit être considérée comme le droit romain définitif, de préférence à celle de Pomponius que nous transmet la loi 3 § 1 cit.

Voyez encore C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 31 § 5 et 8 (§ 2 initio et i. f.) et, sur l'ensemble de la question relative aux fruits naturels, MOMMSEN, *Erörterungen*, § 4, ARNDTS, § 253, et BRINZ, I, § 145 initio. MOMMSEN, cité, § 4, p. 27-28, 42 et 50, fait une autre exception pour les obligations qui n'ont pas pour objet un transfert de propriété, comme l'obligation du bailleur d'un bien rural;

B) Passons aux fruits civils. A cette catégorie appartiennent les fermages, les loyers et les intérêts. En ce qui concerne les fermages des biens ruraux, ils sont pleinement acquis au débiteur du bien rural, le créancier n'y a aucun droit. Le débiteur ne doit, ni restituer au créancier les fermages dont il a reçu le payement, ni céder au créancier son *actio locati* pour lui permettre d'en poursuivre le payement contre le fermier. Il doit se contenter des fruits naturels du fonds de terre. En effet, les fermages constituent moins un produit du bien rural qu'un produit du contrat du bail. D'ailleurs, si le créancier peut s'en tenir aux fruits naturels lorsque ceux-ci ont une valeur supérieure aux fermages, il est rationnel qu'il ne puisse pas prétendre aux fermages qui dépassent la valeur des fruits naturels. Nous supposons que l'immeuble était déjà loué au moment de la formation du rapport obligatoire. Si le débiteur l'a loué plus tard, le créancier a le droit d'exiger la cession de l'*actio locati* ou bien la restitution du fermage payé. Dans ce cas, la conclusion du bail postérieurement au contrat est un acte de gestion d'affaires de la part du débiteur pour compte du créancier(38). On suit les mêmes règles pour les loyers des autres choses données en location par le débiteur(39). Quant aux intérêts des

Arndts, l. c., paraît se rallier à cette manière de voir. Mommsen (§ 4, p. 29-30 et 42) se fonde sur la considération que c'est seulement dans les obligations qui ont pour objet un transfert de propriété que la chose due peut être censée appartenir au créancier dès le jour du contrat. Mais, dans le louage comme dans la vente, le créancier doit avoir tous les droits qu'il aurait eus si le contrat avait reçu son exécution immédiate. D'ailleurs le bail à ferme contient une vente des fruits que le fonds doit produire; il a y donc lieu de lui appliquer la règle de la vente. Cf. Ihering, *Abhandlungen*, *Abh.* 1, n° IV, p. 64.

(38) Pour que le maître dispose de l'action directe de gestion d'affaires, il n'est pas indispensable que le gérant ait eu l'intention de gérer les affaires d'autrui.

(39) 1° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 11, Ulpien, " Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent qui locaverat : idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur „.

" Si le fonds (vendu) était loué, le prix du bail appartiendra en tout cas au bailleur; il en sera de même des propriétés bâties, à moins qu'on ne suppose une convention spéciale. „

On a voulu écarter ce passage de deux manières. On a soutenu d'abord que la seule portée de la décision d'Ulpien était d'attribuer au vendeur l'*actio locati*; le jurisconsulte ne s'occuperait pas de la question de savoir si le veudeur doit oui ou non céder cette action à l'acheteur. Mais alors les mots " nisi si quid nominatim convenisse proponatur „ sont vides de sens; si de plein droit et par le seul effet du contrat de vente, l'acheteur profite des loyers et fermages, quel est l'objet de la clause spéciale qui les lui attribue? On a prétendu aussi qu'Ulpien n'entendait parler que des loyers et fermages échus lors de la vente. C'est introduire dans le texte une distinction que rien n'autorise à admettre et même contre laquelle protestent le mot « utique « et le futur « cedent „; le présent

capitaux, ils ne sont pas davantage dus au créancier, si ce n'est à partir de la demeure dans les obligations de bonne foi ou bien

" cedunt „ aurait seul convenu à des revenus présents. C'est, de plus, prêter à Ulpien une décision oiseuse, puisqu'il était de toute évidence que les loyers et fermages échus au moment de la vente étaient acquis au vendeur.

2° D. 7, 1, *de usufr.*, L. 59 § 1, PAUL, " Quidquid in fundo nascitur vel quidquid " inde percipitur, ad fructuarium pertinet, pensiones quoque jam antea locato- " rum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum " venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conduc- " torem repellere „.

Ainsi, moyennant une disposition spéciale, l'usufruitier a droit aux fermages des biens ruraux loués avant l'ouverture de son usufruit. Mais, à défaut d'une disposition spéciale, il ne peut pas prétendre à ces fermages; il peut seulement, comme l'acheteur, expulser le fermier. Paul assimile donc l'acheteur à l'usufruitier, au point de vue de l'expulsion du fermier, et, dans sa pensée, cette assimilation s'étendait ouvertement aux fermages; l'acheteur n'y a pas plus droit que l'usufruitier; c'est même parce qu'il n'y a pas droit qu'il est question de la faculté d'expulser le fermier.

3° D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 50, HERMOGENIEN, Cette loi suppose la vente d'un immeuble fiscal donné à ferme. Hermogénien admet que l'acheteur peut réclamer les fermages, mais uniquement sur le fondement d'une convention tacite intervenue à cet égard entre le vendeur et l'acheteur (atque si hoc ipsum in emendo convenisset). Il s'ensuit qu'à défaut de convention spéciale, l'acheteur n'a pas droit aux fermages.

4° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 13, ULPIEN. " Item si quid ex operis servorum " vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur, et si " quid peculio eorum accessit, non tamen si quid ex re venditoris „.

Ulpien oblige le vendeur à tenir compte à l'acheteur du produit de la location des esclaves, des bêtes de somme ou de trait et des navires. Mais il a en vue une location postérieure au contrat de vente. En effet, dans le même passage, il parle aussi de ce qui est venu s'ajouter au pécule de l'esclave postérieurement à la vente et, dans le § 12 de ladite loi 13, il venait de s'occuper du dommage causé après la vente à la chose vendue (Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est). De plus, si on rapportait le § 13 de la loi 13 à des baux antérieurs à la vente, il serait en contradiction avec le § 11 de la même loi, que nous avons expliqué au n° 1 de la présente note.

On nous oppose que les loyers et fermages sont des fruits; D. 22, 1, *de usur.*, L. 36 " Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur „. Mais on n'est pas autorisé à conclure de là qu'il faille appliquer aux loyers et fermages toutes les règles relatives aux fruits naturels. Le D. 22, 1, *de usur.*, L. 34, porte également : " Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus " separari „, ce qui n'empêche pas le D. 50, 16, *de V. S.*, L. 121, de dire " Usura " pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex " alia causa est, id est nova obligatione „; on peut dire identiquement la même chose des loyers et fermages.

Voyez en notre sens IHERING, *Abhandlungen*, *Abh.* 1, n° IV, p. 63-66, MÜHLENBRUCH, II, § 395 i. f., et MOMMSEN, *Erörterungen*, § 10. Cf. PUCHTA, *Pand.*, § 272, note e, et *Vorles.* II, § 272 initio.

Contra MOLITOR, cité I, n°s 419-420, SINTENIS, II, § 101, note 89, n° 2, et MAYNZ, II, § 210 et note 13. Cf. ARNDTS, § 253, *Anm.* 2 i. f.

de la *litis contestatio* dans les obligations de droit strict[39a]. Les intérêts ne sont pas un produit proprement dit du capital; par lui-même celui-ci est impuissant à les produire, l'intérêt résulte du placement que fait le propriétaire du capital[40];

5° les enfants de la femme esclave, *partus ancillae*. Lorsque la femme esclave qui fait l'objet d'une obligation, met au monde un enfant après la formation du rapport obligatoire, cet enfant est dû au créancier; il constitue en réalité un produit de la chose, bien que, par respect pour la dignité humaine, il ne fût pas considéré comme un fruit[41];

6° l'extinction d'une servitude qui grève la chose due. Lorsque la chose qui fait l'objet de l'obligation, est grevée d'une servitude personnelle ou prédiale et que cette servitude vient à s'éteindre, le créancier profite de l'extinction; il acquiert la liberté de la chose. Cette libération est encore un émolument de la chose, un émolument si naturel qu'il ne fait que rétablir le droit commun[42]. Il faut le décider ainsi quelle que soit la cause d'extinction de la servitude, sauf s'il résulte du contrat que les parties ont voulu exclure du *commodum* certaines causes d'extinction[43]. L'extinction d'une hypothèque, d'une emphytéose ou d'une superficie profite aussi au créancier;

7° le bénéfice de l'adjudication. Lorsque le débiteur d'une part indivise dans une chose commune est poursuivi en partage par son copropriétaire et que la chose entière lui est adjugée, le créancier

(39a) à moins, en droit nouveau, qu'il ne s'agisse d'une *condictio incerti*; voyez note 37 du présent paragraphe.

(40) C'est ce que dit très nettement le D. 50, 16, *de V. S.*, L. 121 « Usura pecu- « niae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia « causa est, id est nova obligatione. » Peu importe qu'ailleurs les intérêts soient rangés parmi les fruits (D. 22, 1, *de usur.*, L 34); cette assimilation n'a rien d'absolu. Voyez en ce sens Ihering, cité, n° IV, p. 60-61, et Mommsen, *Erörterungen*, § 2, p. 9-13. Cf. T III, § 303, I, 1° i. f. et II.

(41) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 10 § 2, L. 69 § 9; C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un. § 9a; C. 5, 18, *sol. matrim.*, L. 1. Il résulte de ces lois que si une esclave a été donnée en dot et qu'elle accouche d'un enfant, celui-ci appartient au mari, non pas d'une manière définitive comme fruit, mais comme bien dotal sujet à restitution à la fin du mariage; c'est un *commodum ancillae*. Cf. T. I, § 62, note 39.

(42) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 4 « Si proprietati nudae in dotem datae usus « fructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si « quid alluvione accessisset ».

D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 19 (18) pr. « Habitationum oneribus morte liber- « torum finitis emptor domus ob eam causam venditori non tenebitur, si nihil « aliud convenit, quam ut habitationes secundum defuncti voluntatem super « pretium libertis praestarentur ».

(43) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 7. Voyez sur cette question Ihering, cité, n° II, p. 9, et Mommsen, *Erörterungen*, § 3, 19-24.

peut réclamer cette chose, moyennant de rembourser au débiteur la somme que celui-ci a dû payer à son copropriétaire. En effet, l'acquisition de la part du copropriétaire est une conséquence forcée de l'indivision; elle est indépendante de la volonté du débiteur; le créancier l'eût faite également si l'action en partage avait été dirigée contre lui (44);

8° le bénéfice de l'accroissement. Lorsqu'un cohéritier ou un colégataire est tenu à un titre quelconque, tel qu'un fidéicommis ou une vente, de faire avoir à un tiers l'hérédité ou la chose léguée et que la part d'un coappelé vient à lui accroître, le tiers créancier a droit à la part qui a accru, à moins qu'une volonté contraire du testateur ou des contractants ne résulte du testament ou du contrat. Le droit d'un cohéritier ou d'un colégataire s'étend en principe à l'hérédité entière ou à toute la chose léguée; l'obligation de restituer qui lui est imposée par le testament ou par le contrat, doit avoir le même objet, jusqu'à preuve contraire (45). Il est indifférent que le testament ou le contrat ne parle que de la restitution de la portion héréditaire ou bien de la part dans le legs, car cette part n'est fixée qu'en vertu du concours des cohéritiers ou des colégataires. Mais il en est autrement si la restitution porte seulement sur une part

(44) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 7 § 13 " Si debitor communis praedii partem " pignori dedit et a domino alterius partis provocatus creditor ejus aut ab alio " creditore alterius debitoris licendo superavit et debitor ejus cui res fuit adjudi- " cata velit partem suam praedii reciperare soluto eo quod ipse debuit : eleganter " dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit reciperare, quam " creditor per adjudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei et prius, " quam traderes emptori, communi dividundo judicio provocatus fueris aliaque " pars tibi adjudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi " totam rem suscipere fuerit paratus, quia *haec pars beneficio alterius venditori* " *accessit* : quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat " totum : solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris inter- " venit. Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, aeque, " pretium ut restituat, ex empto tenebitur. Haec eadem et in mandato ceterisque " hujus generis judiciis servatur „.

Voyez encore D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 17, vis Quod si tibi.. ..... communi dividundo, et D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 78 § 4, vis Quod si marito.. .....

Ihering, cité, n° II, p. 9-11. — Mommsen, *Erörterungen*, § 5, p. 56-57.

(45) On pourrait croire que la règle énoncée doit cesser dans le cas d'un legs fait conjointement à plusieurs, puisque Justinien part ici du point de vue que chaque légataire n'est appelé directement qu'à une portion de la chose et seulement d'une manière indirecte aux parts des colégataires défaillants; C. 6, 51, *de cad. toll.*, L. un. § 11*a* et 11*g*. Mais, même dans ce cas, le droit du légataire considéré dans son ensemble porte sur la totalité de la chose, peu importe qu'il comprenne deux libéralités distinctes. On n'est admis à limiter l'obligation du légataire à l'une de ces libéralités que s'il existe à cet égard une volonté spéciale du testateur ou des contractants.

déterminée, telle que la moitié; alors le débiteur ne doit jamais restituer que cette part, il garde pour lui le bénéfice de l'accroissement[46];

9° le trésor. Lorsque, après la naissance de l'obligation et avant la tradition, un trésor est trouvé dans l'immeuble, soit par le débiteur, soit par un tiers, le créancier peut en réclamer la moitié. En effet, la loi attribue la moitié du trésor au propriétaire du fonds, en sa seule qualité de propriétaire; cette moitié constitue un profit du fonds; c'est un émolument qu'il procure au propriétaire et, à ce titre, le débiteur en doit compte au créancier, peu importe que la trouvaille ait été faite par lui ou par un tiers. Si elle a été faite par lui, il en gardera la moitié comme inventeur et restituera l'autre moitié au créancier[47]. Si l'inventeur est un tiers, la moitié appartiendra au tiers comme inventeur; l'autre moitié devra être restituée au propriétaire, qui de son côté en devra compte au créancier. Mais si le tiers inventeur a fait des fouilles à l'effet de découvrir le trésor, celui-ci revient pour la totalité au débiteur en vertu de son droit de propriété; la trouvaille entière forme alors un profit de l'immeuble et partant est due au créancier[48];

(46) Nos sources sont muettes sur la question. Le bénéfice de l'accroissement de la part héréditaire est attribué au fidéicommissaire et à l'acheteur par Ihering, cité, n° II, p. 11-20, Thibaut, II, § 1014, 1° initio, Mühlenbruch, Continuation du commentaire de Glück, XLIII, § 1498-1499, p. 348-360, Glasson, *Accroissement entre cohéritiers et entre colégataires*, p. 26-32, Vangerow, II, § 494, *Anm.*, n°s 5-6, Sintenis, III, § 203 i. f. et note 16, Maynz, III, § 40', II, 1° i. f., § 413, note 40, et § 447, note 14, et Brinz, II, § 391, p. 171-172.

Contra Glück, XVI, § 1014, p. 341-367, Gœschen, III (2), § 957, I, 5, et § 1067, 3, Mommsen, *Erörterungen*, § 6, et Windscheid, III, § 6 3, 4, et note 14.

(47) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 7 § 12, Ulpien, " Si fundum viro uxor in dotem " dederit isque inde arbores deciderit, si hae fructus intelleguntur, pro portione " anni debent restitui (puto autem, si arbores caeduae fuerunt vel gremiales, dici " oportet in fructu cedere), si minus, quasi deteriorem fundum fecerit, maritus " tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum resti- " tuendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thensaurus fuerit " inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia resti- " tuetur quasi in alieno inventi ".

D'après ce texte, lorsqu'un fonds de terre a été donné en dot au mari et que celui-ci y découvre un trésor, la moitié seulement du trésor lui est acquise comme inventeur; l'autre moitié, celle qui est attribuée à la propriété, doit être restituée immédiatement à la personne qui a droit à la restitution du fonds dotal. Il en sera de même toutes les fois que le débiteur d'un fonds y trouvera un trésor avant la tradition, notamment lorsqu'un trésor sera découvert par un vendeur dans le fonds vendu.

(48) On accorde souvent la totalité du trésor au débiteur; voyez les auteurs cités par Glück, XVII, § 1038, note 60. En notre sens Glück, XVII, § 1038, p. 190-193, Ihering, cité, n° II, p. 8-9, et Mommsen, *Erörterungen*, § 5, p. 55-56 et note 5.

10° les actions relatives à la chose due. Le débiteur doit céder au créancier les actions qu'il a acquises relativement à la chose depuis la naissance de l'obligation, soit à raison d'actes illicites de tiers, soit par l'effet de ses propres actes juridiques. Si le débiteur a déjà lui-même exercé ces actions, il doit tenir compte au créancier de leur produit. Toutefois, l'obligation dont il s'agit n'est pas absolue. — En ce qui concerne les actions naissant d'actes illicites de tiers, le débiteur est tenu seulement d'en faire la cession au créancier s'il n'est pas responsable de la perte ou de la détérioration de la chose; dans ce cas, l'action acquise contre les tiers tient lieu de la chose elle-même; c'est un débris juridique de la chose due, comme les matériaux provenant d'une maison détruite sont des débris matériels de cette maison; l'action forme en ce sens un *commodum rei*. Au contraire, lorsque le débiteur répond de la perte ou de la détérioration, le créancier n'a pas droit à la cession des actions naissant des faits illicites des tiers; il ne peut que poursuivre son débiteur en dommages et intérêts; lui accorder en outre le bénéfice des actions contre les tiers, ce serait lui accorder deux fois la même chose. Le débiteur devra ainsi céder, d'après les circonstances, la revendication, les interdits possessoires, l'*actio furti*, la *condictio furtiva*, l'*actio legis Aquiliae*, etc.(49). — D'autre part, le débiteur doit céder au créancier les actions résultant d'actes juridiques qu'il a conclus avec les tiers, toutes les fois que ces actes juridiques peuvent être considérés comme une gestion des affaires du créancier, ce qui n'exige pas que le débiteur ait eu l'intention de gérer les affaires du créancier; l'action directe de gestion d'affaires est indépendante de cette condition. Tel est le cas, déjà cité(50), où le débiteur d'une chose la donne en location; le créancier a droit à la cession de l'*actio locati* acquise contre le preneur(51). Mais, en général, il n'y a pas gestion des affaires du créancier lorsque le débiteur d'une chose la vend à un tiers; cette vente est directement contraire au droit du créancier, elle tend à le dépouiller de la chose due, ce qui est incompatible avec l'idée d'une gestion des affaires d'autrui(52). Néanmoins, la vente de la chose due

(49) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3*a*; D. 18, 1, *de contr. empt*, L. 35 § 4 i. f.; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 14 (13); D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 12; D. 47, 2, *de furt.*, L. 14 pr., L. 81 (80) pr. Voyez encore D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 21, vis Qu'd si rem quam vendidi.....; la 1re partie de ce passage suppose que le vendeur a perdu la possession par sa faute; la fin se rapporte à une perte de la possession survenue sans la faute du vendeur.

Voyez sur cette question IHERING, cité, n° III, p. 30-58, et MOMMSEN, *Erörterungen*, § 8. — (50) n° III, 4°, B, du présent paragraphe.

(51) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 13; cf. note 39 i. f. du présent paragraphe.

(52) Ainsi le décide le D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 21, vis Sed hoc in re singu-

implique une gestion des affaires du créancier si elle est forcée[53] ou bien si elle a un caractère conservatoire[54]. De même, il n'y a pas gestion d'affaires lorsque le débiteur d'une part indivise intente lui-même l'action en partage contre son copropriétaire et que la chose entière est adjugée à l'un ou à l'autre. Le débiteur étant libre de ne pas intenter l'action en partage doit en supporter personnellement les conséquences; il reste débiteur de la part promise et de cette part seulement[55].

Le *commodum* ne comprend pas les animaux sauvages que le débiteur d'un immeuble a capturés sur celui-ci; ces animaux ne sont pas un profit provenant du fonds, mais un produit de l'occupation et de l'activité personnelle du débiteur[56]. Le débiteur ne doit

lari..... non actionem. Les mots « pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur » doivent être entendus en ce sens que la vente constitue l'affaire personnelle du débiteur et que son produit n'est pas un *commodum rei*

(53) Quelqu'un vend sa part indivise dans une chose; mais, avant d'avoir effectué la tradition, il est poursuivi en partage par son copropriétaire, à qui toute la chose commune est adjugée, moyennant de payer une certaine somme d'argent à l'autre communiste. L'acheteur de la part indivise a droit à cette somme, au lieu et place de la chose due. S'il n'a plus la part vendue mais seulement son équivalent pécuniaire, c'est par une conséquence forcée de l'indivision; le créancier l'eût subie également si l'action en partage avait été dirigée contre lui; D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 7 § 13 i. f.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 17 initio; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 78 § 4 initio. Cf. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 17, vis Sed si certis regionibus....., et le n° III, 7°, du présent paragraphe.

(54) C'est ce qui arrive lorsque la chose due est menacée de détérioration et que le débiteur la vend pour sauvegarder les intérêts de son créancier; IHERING, cité, n° IV, p. 76. Il en est de même si le débiteur d'un fonds de terre vend les fruits.

Si l'héritier, après avoir vendu la succession, vend un bien déterminé de celle-ci à un tiers, l'acheteur de la succession peut poursuivre son vendeur en livraison du bien frauduleusement vendu. Mais il peut aussi, s'il le préfère, considérer la vente particulière comme une gestion des affaires de l'hérédité, c'est-à-dire de ses propres affaires; il aura intérêt à prendre le dernier parti si la chose a péri accidentellement, puisqu'il profitera de cette manière du prix de vente, tandis que autrement il n'obtiendrait rien du chef du bien vendu; D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 21, vis Venditor ex hereditate ..... nisi si culpa ejus argueretur. POTHIER, *Pand. Justin.* 18, 4, n° 7. — MOMMSEN, *Erörterungen*, § 9, p 111-112.

Le D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 47, L. 2, appartient à un autre ordre d'idées. Si l'héritier du dépositaire vend la chose déposée, croyant qu'elle fait partie de la succession, cette circonstance, qui ne lui est pas imputable, le libère de son obligation de restituer la chose, mais il est au moins tenu de céder au déposant son action en payement du prix de vente.

(55) IHERING, cité, n° II, p. 10, note 3. — MOMMSEN, *Erörterungen*, § 5, p. 60-61. — Cf. n° III, 7°, et note 53 du présent paragraphe.

(56) D. 22, 1, *de usur.*, L. 26 initio.

les restituer au créancier que si l'immeuble était destiné à la chasse, auquel cas les parties ont envisagé la chasse comme un fruit du fonds[57].

§ 289. DU LIEU DU PAYEMENT.

I. La question de savoir où le payement doit se faire ne se présente pas pour les immeubles; ceux-ci se payent nécessairement là où ils sont situés. Quant aux choses mobilières, il faut voir si les parties sont convenues ou non d'un lieu pour le payement.

1° Dans le premier cas, la convention fait la loi des parties; le débiteur doit payer à l'endroit convenu[1] et le créancier ne peut se faire payer qu'à cet endroit[2]. Si la convention indique plusieurs endroits conjointement (Smyrne et Éphèse), la dette est payable par parts égales à chacun des lieux désignés[3]. Si les endroits sont indiqués alternativement (Smyrne ou Éphèse), le débiteur doit payer à l'un ou à l'autre, à son choix. Il conserve ce choix lorsqu'il est poursuivi devant le juge de son domicile[4]; mais lorsque le créancier l'actionne au lieu du payement, comme il en a le droit, l'intentement de l'action fait, par la nature des choses, passer le choix du débiteur au créancier[4a]; si les deux lieux sont indiqués conjointement, le contrat oblige le créancier à demander le payement aux deux endroits, dans chacun pour moitié. Il y a plus : lorsque l'alternative quant au lieu se combine avec une alternative quant à la chose (1000 à Smyrne ou un cheval à Éphèse), le créancier qui actionne le débiteur au lieu du payement, acquiert par voie de conséquence le choix de la chose; le choix du lieu du payement implique celui de la chose à payer[5].

2° A défaut de convention spéciale sur le lieu du payement, il faut faire une distinction entre les dettes de corps certains et les dettes de choses fongibles. Les corps certains sont naturellement payables là où ils se trouvent lors du payement; le débiteur est tenu de payer à cet endroit et le créancier ne peut demander à être payé ailleurs[6]. Il est indifférent qu'au moment du contrat la chose se

(57) L. 26 cit. i. f.

(1) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 9; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122 pr.

(2) I. 4, 6, *de action.*, § 33c initio. — (3) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 4.

(4) L. 2 § 2 cit. — POTHIER, *Pand. Justin.* 13, 4, n° 8, note *f*.

(4a) L. 2 § 3 cit., vis Scaevola libro..... ante petitionem.

(5) L. 2 § 3 cit., vis Proinde mixta.....

(6) D. 5, 1, *de judic.*, L. 38 initio; D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 10 initio; D. 10, 4, *ad exhib.*, L. 11 § 1 initio; D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 pr. initio. Le créancier qui désire être payé au lieu de la poursuite, supporte les frais de transport; D. 16, 3, *depos.*, L. 12 § 1 i. f.; D. 10, 4, *ad exhib.*, L. 11 § 1, vis Quo autem loco ..... potest non recusare; arg. D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 10 i. f., L. 11.

trouvât à un autre endroit et qu'elle ait été déplacée depuis[7], pourvu que le débiteur ne l'ait pas déplacée frauduleusement, car il ne peut nuire au créancier par son dol[8]. Quant aux choses fongibles, elles n'ont pas d'assiette fixe, elles se trouvent généralement partout et par conséquent le débiteur peut en faire la prestation à un endroit quelconque, s'il est convenable, ce qui est une question de fait[9]. Notamment, le débiteur peut offrir de payer à son domicile et le créancier est tenu d'accepter un pareil payement; il n'est pas en droit d'exiger que la prestation soit exécutée ailleurs[10]. Cependant le débiteur de choses fongibles ne conserve la faculté de payer partout que jusqu'à l'intentement de l'action; une fois que l'action est intentée, la dette devient payable au lieu de la poursuite[11]. Il en est de même des dettes de corps certains, lorsqu'elles sont de droit strict[12]. En ce qui concerne les faits de l'homme, le lieu de la prestation varie d'après les circonstances[13].

II. Il existe plusieurs opinions divergentes. 1° On confond parfois le lieu du payement avec celui de la poursuite en justice. Les deux notions sont bien distinctes. Non seulement tout débiteur peut être poursuivi à son domicile, quoique la dette soit payable ailleurs, mais le débiteur de choses fongibles a en principe le droit de payer partout, tandis qu'il ne peut être poursuivi qu'à des endroits déterminés; seulement s'il est actionné à l'un de ces endroits, le lieu de la poursuite détermine dorénavant le lieu du

(7) D. 16, 3, *depos.*, L. 12 § 1 initio; D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 pr. i. f.

(8) D. 5, 1, *de judic.*, L. 38 initio; D. 10, 4, *ad exhib.*, L. 11 § 1 i. f.; D. 16, 3, *depos.*, L. 12 § 1 initio; D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 pr. i. f. En cas de déplacement frauduleux, le débiteur doit payer au lieu de la poursuite; D. 5, 1, *de judic.*, L. 38 initio; D. 10, 4, *ad exhib.*, L. 11 § 1 i. f.; D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 pr. i. f. Aux dettes de corps certains il faut assimiler celles qui ont pour objet des choses fongibles à prendre dans une masse déterminée (100 mesures du froment qui se trouve dans tel grenier); cette masse est à un endroit fixe, tout comme un corps certain, et il en est de même de ce qui doit être pris sur elle; D. 5, 1, *de judic.*, L. 38, v^is^ nisi si ..... ex illo dolio; D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 § 1 initio.

(9) Arg. D. 5, 1, *de judic.*, L. 38, v^is^ praeterea quod..... ubi petitur; D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 § 1 i. f., cbn. avec D. *h. t.*, L. 39, v^is^ quid enim, si inopportuno tempore vel loco optulerim?

(10) Des auteurs (Bethmann-Hollweg, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, n° I, p. 18, et note 55. — Maynz, II, § 178 initio) ajoutent que le créancier a le droit réciproque de se faire payer à tout endroit convenable. Mais ce droit est incompatible avec celui qu'a le débiteur de payer en tout lieu opportun; si le débiteur a la faculté de payer à son domicile, le créancier ne peut le forcer à payer ailleurs.

(11) D. 5, 1, *de judic.*, L. 38, v^is^ praeterea quod..... ubi petitur; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22; D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4; D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 § 1 i. f.

(12) Arg. D. 16, 3, *depos.*, L. 12 § 1 initio. — Gœschen, II (2), § 414 i. f.

(13) Cf. T. III, § 372, I i. f.

payement[14]. Cette confusion du lieu du payement avec celui de la poursuite a provoqué le système suivant. On a soutenu[15] que la dette devait être à la fois payée et poursuivie en justice là où elle avait pris naissance; on obtenait ainsi un *forum natae obligationis**. Ce système est erroné. Prenons une dette d'un corps certain. Elle se forme au lieu du contrat, du quasi-contrat, etc.; mais c'est au lieu où se trouve la chose due que doit se faire le payement et la poursuite peut être exercée au même endroit. D'autre part, une dette de choses fongibles se forme encore au lieu du contrat, du quasi-contrat, etc.; elle est payable partout et la poursuite n'est pas nécessairement exercée au lieu du contrat ou du quasi-contrat[16].

2° D'après plusieurs interprètes[17], les dettes de corps certains, si elles sont de droit strict, sont, comme les dettes de choses fongibles, payables à un endroit quelconque[18]. Il est seulement vrai de dire que l'intentement de l'action rend ces dettes payables au lieu de la poursuite[19].

§ 290. DU TEMPS DU PAYEMENT.

L'époque du payement varie selon que l'obligation est à terme ou bien pure et simple.

I. Si elle est à terme, en général le débiteur ne peut être con-

(14) Cf. n° I, 2° i. f., du présent paragraphe.

(15) Doneau, *Commentarii juris civilis* XVII, c. 14.

(16) D. 5, 1, *de judic.*, L. 19 § 2. De plus, la notion même d'un *forum natae obligationis** est peu rationnelle. L'action ne suppose pas seulement l'existence de l'obligatiou, mais encore la lésion de l'obligation de la part du débiteur, elle naît donc au lieu de la lésion et le juge naturel d'une action est celui du lieu où elle a pris naissance; c'est pourquoi nous avons admis au T. I § 116, III, le principe d'un *forum laesionis**.

(17) Bethmann-Hollweg, *Versuche*, n° I, p. 18-19. — Windscheid, II, § 282 et note 6. — Mommsen, *Beiträge* III, § 22 et note 6, incline dans le même sens.

(18) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 4, D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22, et D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4.

(19) Cf. le n° I, 2° i. f., du présent paragraphe. Nous invoquons le D. 5, 1, *de judic.*, L. 38 initio, et le D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 pr., qui décident que si on a légué un corps certain, celui-ci doit être payé là où il se trouve; l'obligation d'exécuter un legs était de droit strict à l'époque classique.

Non obstant : 1° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 4. Il résulte seulement de ce texte que la promesse d'un habitant de Rome de payer Stichus à Éphèse est distincte de la promesse qu'il fait de payer Stichus qui est à Éphèse; dans le dernier cas, Stichus devra être payé là où il se trouve lors du payemant, donc pas nécessairement à Éphèse.

2° D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22, et D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4. Il s'agit ici de dettes de choses fongibles.

Molitor, cité, I, n° 308 i. f., pose la règle générale que les corps certains sont payables là où ils se trouvent.

traint de payer qu'après l'échéance[1], car le terme est régulièrement établi dans son intérêt, *diei adjectio pro reo est*[2]; il a pour but de suspendre l'exigibilité de la dette. Le créancier ne peut pas même réclamer le payement le dernier jour du terme; le débiteur dispose de ce jour tout entier pour faire le payement[3]. Mais comme chacun a la faculté de renoncer à son droit, le débiteur est libre de payer avant l'échéance[4], sans que, s'agissant d'une dette non productive d'intérêts, il puisse déduire l'escompte[5]; s'il renonce au bénéfice du terme, il doit y renoncer d'une façon absolue[6]. Ces règles cessent avec leur motif si le terme a été établi dans l'intérêt du créancier ou des deux parties. Le terme ajouté à un dépôt est fixé à l'avantage du déposant, pour forcer le dépositaire à garder la chose pendant le délai convenu; il s'ensuit que le déposant peut agir en restitution du dépôt avant l'expiration du terme[7] et que le dépositaire n'a pas le droit de faire une restitution anticipée[8]. Le terme ajouté à un prêt d'argent à intérêt est avantageux pour l'emprunteur et pour le prêteur; il assure à ce dernier le placement de son capital pendant le délai convenu; dès lors le remboursement anticipé ne peut être ni réclamé par le prêteur, ni offert par l'emprunteur[9].

II. Si l'obligation est pure et simple, le débiteur doit payer à la première demande du créancier [10]. Un prêt d'argent se fait sans qu'on convienne de l'époque de la restitution; le prêteur est libre de réclamer le remboursement à tout instant. Toutefois :

1° Le juge peut, eu égard à la position du débiteur, lui accorder

(1) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2 initio. — (2) D. 45, 1, *eod.*, L. 41 § 1 i. f.

(3) I. 3, 15, *eod.*, § 2 i. f.; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 26; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 50. Si, dans le cours du terme, il devient certain que la prestation ne se fera pas au jour fixé (construction d'une maison), le créancier est autorisé à poursuivre sur-le-champ le débiteur; celui-ci est déjà en retard; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 § 2, L. 98 § 1, cf. L. 14, L. 124.

(4) D. *h. t.*, L. 70; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 16, L. 137 § 2 i. f.

(5) Arg. D. 31, *de leg. 2°*, L. 88 § 5, et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122 pr.

(6) sauf convention contraire. — (7) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 45-46.

(8) Cf. D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 15 initio, et D. 31, *de leg. 2°*, L. 43 § 2.

(9) D, 45, 1, *de V. O.*, L. 122 pr. Par un contrat conclu à Rome, quelqu'un avait emprunté de l'argent à intérêt, en promettant de le restituer après trois mois dans une province éloignée; les intérêts avaient été payés par anticipation. Quelques jours plus tard, l'emprunteur offrit de rembourser à Rome le capital emprunté, déduction faite des intérêts payés. Scaevola décide qu'il peut être poursuivi en province après l'échéance. Dans l'espèce, les offres du débiteur étaient doublement défectueuses: elles n'étaient pas faites au lieu convenu et, comme le débiteur déduisait les intérêts, il privait le créancier du bénéfice du terme établi à l'avantage des deux parties. Cf. Molitor, cité, I, n° 147.

Le remboursement anticipé devient régulier si l'emprunteur paye les intérêts jusqu'à l'échéance. — (10) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2 initio.

un délai modéré pour le payement (11) ou bien lui permettre de payer en plusieurs fois à des intervalles de courte durée (12); ce sont des délais de grâce.

2° Le défendeur condamné à payer une somme d'argent jouit, en vertu de la loi, d'un délai de grâce pour l'exécution de la condamnation [un mois dans le droit classique (13), quatre mois sous Justinien (14)], *tempus judicati*. Le bénéfice de compétence procure un autre délai légal (15).

3° L'héritier qui fait inventaire, peut repousser les créanciers de la succession et les légataires pendant les délais qui lui sont accordés pour la confection de l'inventaire (16).

§ 291. DE LA PREUVE DU PAYEMENT.

La preuve du payement est soumise à la théorie générale de la preuve. Elle incombe au débiteur, car il se prétend libéré, il oppose une exception à l'action du créancier et tout défendeur doit établir le fondement de ses exceptions (1). D'autre part, la preuve du payement se fait par les moyens ordinaires, par la production d'une quittance, par témoins, etc. (2). Sous le dernier rapport, il y a lieu de relever les règles suivantes :

1° Une quittance ne fait foi du payement que trente jours après sa date. C'est que le créancier remet parfois une quittance au débiteur, non pas pour constater la réception du payement, mais dans l'attente de celui-ci, comme invitation de payer. C'est seulement après un certain délai, que le droit romain fixe à trente jours, que la possession de la quittance de la part du débiteur prouve d'une manière certaine le payement. car le créancier qui ne reçoit pas le payement, se fera restituer la quittance (3). Tant que le délai de trente jours n'est pas expiré, le créancier à qui l'on oppose la quittance, peut forcer le débiteur à prouver le payement d'une autre manière; ce moyen est appelé par nos sources *exceptio non numeratae pecuniae*, bien que le créancier ne supporte pas la charge de la preuve (4). Le créancier a aussi le droit pendant trente jours, soit de répéter la quittance par une *condictio causa data causa non secuta* (5), soit de perpétuer par une protestation judiciaire son droit de nier le payement (6). Les quittances délivrées

(11) D. 5, 1, *de judic.*, L. 21. — (12) Cf. T. III, § 288, II, 1°.
(13) Aulu-Gelle, XX, 1, § 42. — (14) C. 7, 54, *de usur. rei judic.*, L. 2.
(15) T. III, § 288, II, 2°. — (16) C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 22 § 11.
(1) C. *h. t.*, L 25 initio. — (2) Cf. C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 19.
(3) C. 4, 30, *de non numer. pec*, L. 14 § 2.
(4) L. 14 § 2 cit. D'ailleurs cette prétendue *exceptio* ressemble plutôt à une *replicatio*. — (5) Arg. C. *eod.*, L. 7, et C. 4, 9, *de cond. ex lege*, L. 4.
(6) Arg. C. 4, 30, *de non numer pec.*, L. 14 § 4 i. f.

par une autorité publique ne sont pas soumises à ces règles; elles font immédiatement foi, parce qu'elles ne sont jamais données au débiteur qu'après le payement effectué [7].

2° La preuve du payement peut encore résulter de la remise du titre de créance par le créancier au débiteur[8]; en agissant ainsi, le créancier se dépouille de la preuve de son droit, ce que l'on ne fait raisonnablement qu'après avoir été payé. Cette remise du titre de créance sauvegarde mieux les intérêts du débiteur que ne le fait la quittance; le débiteur peut perdre celle-ci et alors il se trouve à la merci d'un créancier de mauvaise foi, qui a conservé le titre de créance, tandis qu'en se faisant remettre le titre pour le détruire, il évite ce danger. Aussi le débiteur qui paye a-t-il droit à la restitution du titre, il peut le répéter par une *condictio sine causa*[9]. Comme il sera expliqué plus loin[10], la remise du titre de créance peut encore constituer une remise tacite de dette. C'est au débiteur de prouver la remise du titre de créance que le créancier lui a faite; il oppose une exception au créancier et tout défendeur prouve ses exceptions. Moyennant cette preuve, le créancier sera débouté, à moins qu'il n'établisse que la remise du titre de créance a été extorquée par des menaces[11] ou surprise par dol, par exemple qu'elle a été faite simplement dans le but de permettre au débiteur de lire le titre[12]. — Un cas analogue est celui où le créancier détruit ou biffe volontairement le titre [13].

3° S'il s'agit de prestations périodiques (intérêts, loyers, fermages, etc.), le payement de trois termes successifs fait présumer le payement des termes antérieurs. Si un débiteur établit qu'il a payé les intérêts des années 4, 5 et 6, il sera présumé avoir payé aussi les intérêts des années 1, 2 et 3. Cette présomption est fondée sur la nature des choses; le creancier ne donnera pas des quittances pour les années 4, 5 et 6 sans avoir été payé pour les années précédentes[14].

(7) C. 10, 22, *de apoch. publ.*, L. 5. — (8) Arg. C. *h. t.*, L. 14-15.

(9) C. 4, 9, *de cond. ex lege et sine causa*, L. 2; C. *h. t.*, L. 25.

(10) T. IV, § 511, I, A, 1°. — (11) C. *h. t.*, L. 15.

(12) Arg. D. 22, 3, *de probat.*, L. 24. Cf. C. *h. t.*, L. 14. Il peut encore prouver que la remise du titre de créance n'a été accompagnée d'aucun payement, qu'elle tendait plutôt à remettre la dette à titre gratuit et que cette remise de dette ne réunissant pas les conditions des donations est frappée de nullité. Cf. T. IV, 511, I, A, 1°. — (13) D. 22, 3, *de probat.*, L. 24.

(14) C. 10, 22, *de apoch. publ.*, L. 3, et arg. de cette loi. La loi 3 ne statue que pour les contributions publiques, mais comme la présomption qu'elle établit est des plus naturelles, elle doit être généralisée dans le sens indiqué. Windscheid, II, § 344, 3. Cf. Unterholzner, cité, I, § 224, n° II. Contra Molitor, cité, II, n° 984 i. f., Sintenis, II, § 103 et note 93, et Maynz, II, § 289 i. f.

4° Si une dette est constatée par écrit, la preuve testimoniale du payement exige cinq témoins (au lieu de deux); ainsi le décide une bizarre constitution de Justinien[15].

§ 292. DE L'EFFET DU PAYEMENT.

Le payement a pour effet d'éteindre la dette de plein droit[1] et avec tous ses accessoires[2]. Donc les hypothèques qui garantissaient l'obligation, s'éteignent[3] et tous ceux qui y intervenaient comme codébiteurs ou cocréanciers solidaires, sont libérés ou bien perdent leur créance[4]. Une seule difficulté se présente. Quelqu'un est débiteur d'une autre personne de plusieurs chefs, il lui doit par exemple 2000 as *ex mutuo* et 1000 as *ex empto*; il lui fait un payement insuffisant pour acquitter ces deux dettes, il lui paye 1500 as. Sur quelle dette se fera l'imputation du payement? L'intérêt pratique de la question résultera suffisamment de la solution qui lui sera donnée.

1° C'est au débiteur qu'appartient lors du payement le droit de faire l'imputation comme il le juge convenable; il est le maître de la chose qu'il paye et, de même qu'il aurait pu payer un autre créancier, il lui est loisible de s'acquitter envers le même créancier de telle dette qu'il juge convenable[5]. Ce droit est seulement tempéré par celui du créancier de refuser un payement partiel pour l'une de ses créances[6]. Dans l'espèce indiquée ci-dessus, le débiteur ne peut pas contre le gré du créancier imputer 1000 sur la dette de 2000 et 500 sur la dette de 1000. Voici une autre application du même principe. Les deux dettes susdites sont productives d'intérêts; le débiteur ne peut contraindre le créancier à accepter 1000 sur le capital de 1000, et 500 sur le capital de 2000; ce sont là deux imputations partielles, la première comme la seconde; le capital et les intérêts ne forment qu'une seule dette. On comprend l'avantage qu'aurait le débiteur à imputer les 1500 exclusivement sur les deux capitaux; de cette manière 1500 cesseraient d'être productifs d'intérêts[7].

2° A vrai dire le créancier n'a jamais le droit de faire l'imputation; le débiteur est toujours libre de la refuser et de la faire lui-

(15) C. 4, 20, *de testib.*, L. 18; cf. Nov. 90, c. 2.

(1) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4, vis ut liberatio ipso jure contingat.

(2) D. *h. t.*, L. 43 initio. — (3) L. 43 cit.

(4) I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. i. f.; I. 3, 16, *de duob. reis*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 43.

(5) D. *h. t.*, L. 1 initio; C. *h. t.*, L. 1 initio. — (6) Arg. C. *h. t.*, L. 1 i. f.

(7) L. 1 i. f. cit.; cf D. *h. t.*, L. 5 § 2 i. f. et 3, L. 6. — VANGEROW, III, § 589, *Anm.*, n° I, 1 i. f.

même comme il le juge convenable[8]. Mais lorsque le créancier a fait l'imputation en recevant le payement, notamment dans la quittance, le débiteur doit la contester sur-le-champ, sinon il y acquiesce tacitement par son silence[9].

3° Si l'imputation n'a pas été faite lors du payement, elle s'opère de plein droit, avant tout sur les dettes échues[10], puis sur la dette la plus onéreuse (à raison des intérêts, d'une clause pénale, d'une hypothèque, etc.)[11], plus subsidiairement, à l'avantage du créancier, sur la dette qui doit se prescrire la première, donc en général sur la dette la plus ancienne[12] et, en dernier lieu, sur toutes les dettes proportionnellement à leur montant[13].

§ 293. DES DROITS DU DÉBITEUR EMPÊCHÉ DE PAYER PAR DES CIRCONSTANCES RELATIVES AU CRÉANCIER.

Müller (F.), *De depositione judiciali juris romani*, Berlin, 1847.

Le débiteur peut vouloir se libérer le plus tôt possible d'une dette qui produit des intérêts onéreux ou bien qui est garantie par une peine sur le point d'être encourue. Le créancier peut empêcher le payement, soit en refusant les offres de payer du débiteur, soit en refusant de procéder à certaines opérations préliminaires au payement, telles que la liquidation de la créance, le compte, la pesée ou le mesurage des marchandises qu'il s'agit de livrer. Le créancier peut encore être absent ou inconnu, par exemple si le créancier originaire est venu à décéder sans laisser un héritier connu. Enfin, le créancier peut être un incapable non pourvu du tuteur ou du curateur nécessaire. Dans ces différents cas, le débiteur dispose de deux moyens pour sauvegarder ses intérêts.

I. Il peut constituer le créancier en demeure, en lui faisant des offres qui réunissent toutes les conditions d'un payement valable[1], ou bien si ces offres sont impossibles par des circonstances relatives au créancier, au moyen d'une protestation judiciaire[2]. Nous nous référons à la théorie de la demeure pour les conditions et les effets de la demeure du créancier[3].

(8) *Non obstat* D. *h. t.*, L. 1, vis Quotiens vero non dicimus....., L. 2, L. 3 pr., L. 4, L. 5 pr., L. 7. Ces textes qui accordent au créancier le droit d'imputer le payement en consultant l'intérêt du débiteur, supposent que le dernier approuve l'imputation d'une manière expresse ou tacite.

(9) Cf. Dernburg, *Pfandrecht* II, § 113, p. 213. — (10) D. *h. t.*, L. 3 § 1.

(11) D. *h. t.*, L. 4, L. 5 pr., L. 97 initio. — (12) D. *h. t.*, L. 24, L. 97 i. f.

(13) D. *h. t.*, L. 8; cf. C. *h. t.*, L. 1 i. f.

(1) C. 4, 32, *de usur.*, L. 19 pr.

(2) C. *eod.*, L. 6 i. f. cbn. avec l'initium; D. 4, 4, *de minor.*, L. 7 § 2 initio; D. 17, 1, *mand.*, L. 56 § 1. — (3) Cf. T. III, § 302 et 304.

II. Le débiteur peut recourir à un autre moyen plus énergique que le précédent, puisqu'il entraîne sa libération; il peut déposer la chose due.

1° La validité de ce dépôt suppose l'offre de la chose due(4). Cette offre doit elle-même réunir toutes les conditions d'un payement valable, à part l'acceptation du créancier; une telle offre suivie de consignation peut seule être considérée comme l'équivalent d'un payement. L'offre doit donc porter sur la totalité de la dette(5), se faire en un lieu convenable(6) et, si un terme a été ajouté à l'obligation dans l'intérêt du créancier, pas avant l'expiration du terme(6). Mais il n'est pas nécessaire que le créancier ait été constitué en demeure par suite des offres; indépendamment de cette demeure, les offres accompagnées de consignation imitent le payement et doivent en tenir lieu; tel est le cas où le créancier a été empêché d'accepter les offres par des circonstances qui ne lui sont pas imputables, par exemple un accident l'a empêché de se rendre au lieu du payement. Si des causes relatives au créancier rendent les offres impossibles, par exemple si le créancier refuse de procéder à des opérations indispensables au payement, s'il est absent, inconnu, si c'est un incapable non pourvu de tuteur ou de curateur, le débiteur est admis à remplacer les offres par une protestation judiciaire; à l'impossible nul n'est tenu(7).

2° Il paraît que, dans les premiers siècles de Rome, le débiteur se bornait à déposer dans sa propre maison les espèces offertes, en les plaçant sous cachets devant témoins(8). Plus tard le dépôt se fit dans un lieu sacré, temple ou église(9). Sous Justinien, le débiteur doit déposer dans une église ou à un autre endroit désigné par le juge compétent pour connaître de l'action en payement(10). Par la nature même des choses, le dépôt doit être notifié au créancier, pour qu'il lui soit possible de se payer d'une manière effective. Les espèces doivent être mises sous cachets; de là l'expression de *consignare* et d'*obsignare*(11) ainsi que le terme français de consignation.

3° Le dépôt vaut payement et en produit tous les effets; il réunit tous les caractères d'un payement proprement dit, à part l'acceptation du créancier, laquelle est d'ailleurs remplacée par la consignation(12). Donc la dette est éteinte de plein droit avec ses

(4) C. 4, 32, *de usur.*, L. 2, L. 19 pr. — (5) D. 22, 1, *de usur.*, L. 41 § 1.
(6) D. *h. t.*, L. 39, vis quid enim, si inopportuno tempore vel loco optulerim?
(7) C. 4, 32, *de usur.*, L. 6 i. f. cbn. avec l'initium; D. 4, 4, *de minor.*, L. 7 § 2 initio; D. 17, 1, *mand.*, L. 56 § 1. — (8) Arg. D. 22, 1, *de usur.*, L. 7.
(9) D. 4, 4, *de minor.*, L. 7 § 2 initio. — (10) C. 4, 32, *de usur.*, L. 19 pr. et § 1.
(11) C. *eod.*, L. 6, L. 19 pr. — (12) C. *h. t.*, L. 9 initio.

accessoires, les intérêts de toute nature cessent de courir[13], la peine ne peut plus être encourue, les hypothèques qui garantissaient la dette s'éteignent[14], les codébiteurs solidaires et les cautions sont libérés et ne peuvent pas plus être poursuivis que le débiteur qui a consigné[15]. Mais le débiteur demeure propriétaire de la chose déposée, puisqu'il n'y a pas eu tradition; il conserve donc aussi l'action revendicatoire. En outre il peut, comme déposant, exiger du dépositaire la restitution de la chose par l'*actio depositi directa*. Lorsque plus tard le créancier retire les choses déposées, les effets de la consignation deviennent définitifs; la dette est irrévocablement éteinte avec tous ses accessoires à dater du jour du dépôt. En outre, le créancier qui retire les choses déposées, en devient propriétaire, sur le fondement de la tradition à lui faite par le dépositaire pour compte du débiteur[16]. Si au contraire le débiteur, comme il en a le droit, reprend la chose déposée, le dépôt est considéré comme non avenu et la dette comme n'ayant jamais été éteinte[17]. Le créancier recouvrera son action contre les codébiteurs solidaires et les cautions, il pourra de nouveau se prévaloir des hypothèques consenties en sûreté de la dette, soit par le débiteur, soit par des tiers. En effet, le dépôt n'a pas définitivement libéré les coobligés, ni éteint les hypothèques, pas plus qu'il n'a irrévocablement libéré le débiteur qui a consigné; il ne devait opérer d'une manière définitive que si le créancier retirait la chose déposée; dans le cas contraire il est réputé non avenu[18]. A un point de vue cependant, le retrait de la chose de la part du débiteur n'a pas d'effet rétroactif. Le dépôt avait arrêté le cours des intérêts conventionnels ou légaux. Lorsque le débiteur retire la chose déposée, ces intérêts recommencent sans doute à courir, mais seulement à partir de la reprise de la chose; ils demeurent perdus pour toute la durée du dépôt. Les intérêts sont dus au créancier pour la privation de l'usage de son capital; or si, pendant le dépôt, le créancier a été privé de cet usage, c'est par son fait et dès lors il n'a aucun droit aux intérêts[19].

4° Le dépôt dont il s'agit s'applique principalement à l'argent

(13) D. 22, 1, *de usur.*, L. 7 initio; C. 4, 32, *eod.*, L. 6, L. 19 pr.; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 28 § 1. — (14) C. 4, 32, *de usur.*, L. 19 § 2.

(15) Cf. D. 17, 1, *mand.*, L. 56 § 1.

(16) Si le dépositaire refuse de remettre la chose au créancier, celui-ci a contre lui l'*actio depositi directa utilis;* C. 4, 32, *de usur.*, L. 19 § 4; il peut même revendiquer utilement la chose; L. 19 § 4 cit. Ces actions utiles reposent sur une cession fictive de la part du débiteur qui a déposé. — (17) L. 19 § 4 initio cit.

(18) En ce sens Molitor, cité, II, n° 983 i. f.

(19) Le D. 22, 1, *de usur.*, L. 7 i. f., ne fait courir de nouveau les intérêts qu'à partir de la demeure du débiteur. Mais cette loi se rapporte à l'ancien dépôt, qui

monnayé et nos sources n'en parlent guère que sous ce rapport. Mais on peut déposer encore d'autres choses mobilières susceptibles d'être aussi facilement gardées que de la monnaie, par exemple des objets précieux[20]. Il n'en reste pas moins beaucoup de meubles soustraits au dépôt à raison de la difficulté de la garde[21]. Quant aux immeubles, on ne les dépose pas davantage[22]. Lorsqu'il s'agit de choses mobilières dont la consignation est impossible, le débiteur peut prendre trois partis. Il peut d'abord garder la chose et demander plus tard au créancier en demeure la réparation du dommage causé par cette garde[23]; il obtiendra le remboursement des impenses légitimes faites à la chose ou bien encore, dans le cas d'une dette de vin, le payement de la valeur locative des barriques contenant le vin refusé, s'il eût pu utiliser ces barriques pour y mettre son propre vin ou bien pour les donner en location[24]. En second lieu, il est en droit de vendre la chose de bonne foi pour compte du créancier[25]. Il lui est aussi permis d'abandonner la chose, de laisser couler le vin par exemple, après avoir averti le créancier qu'à défaut par lui d'enlever la chose, celle-ci sera délaissée[26] et après lui avoir accordé un délai suffisant pour procéder à cet enlèvement[26]. Afin qu'il n'y ait pas de doute sur la quantité abandonnée, le débiteur doit avoir soin de faire, devant témoins et lors du délaissement, le compte, la pesée ou le mesurage des choses abandonnées[27]. Ce droit d'abandon est rigoureusement fondé; le créancier ne peut pas aggraver la position du débiteur par son fait, lui imposer la garde de la chose au delà des limites naturelles de l'obligation. D'ailleurs le créancier prévenu de l'abandon et demeuré inactif ne peut se plaindre de la perte qu'il a lui-même voulue. La prérogative accordée au débiteur n'en a pas moins un caractère exorbitant et elle a paru telle aux jurisconsultes romains, ce qui ne l'empêcha pas d'être admise[28]. Le droit de délaisser la chose due

se faisait au domicile du débiteur et ici on comprend que la demeure du débiteur fût nécessaire pour que les intérêts recommençassent à courir; MOMMSEN, *Beiträge* III, § 32 et note 3.

Quant aux intérêts moratoires, ils cessent déjà de courir à dater des offres préalables à la consignation, car ces offres purgent la demeure. Après le retrait du dépôt, le débiteur ne doit de nouveaux intérêts moratoires qu'en vertu d'une nouvelle demeure. — (20) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 36 i. f. et 37; Nov. 91, c. 2 initio.

(21) MOMMSEN, *Beiträge* III, § 32, p. 308.

(22) Cf. WINDSCHEID, II, § 347. Contra MOLITOR, cité, II, nº 983.

(23) D. 33, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 8 i. f.

(24) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 1 § 3, vis ea propter mercedem..... reddatur.

(25) L. 1 § 3 cit., vis aut vendere vinum..... — (26) L. 1 § 3 initio cit.

(27) L. 1 § 4 cit.

(28) 1º ULPIEN, D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 1 § 3 " Licet autem venditori " vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem-

s'applique à toute espèce de choses mobilières, à l'exception de celles

" admensum est : effundere autem non statim poterit, priusquam testando
" denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunde-
" retur. Si tamen cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius : ea
" propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit
" ejus inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel
" si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa nec
" reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum
" bona fide : id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut
" quam minime detrimento sit ea res emptori „ § 4 " Si doliare vinum emeris
" nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur
" quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria : quod si non sint
" evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem men-
" suram facere et effundere : veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si,
" quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori
" perierit „.

" Au reste, il est même permis au vendeur de verser le vin, s'il a fixé un délai
" pour le mesurage et que celui-ci n'ait pas eu lieu dans ce délai. Toutefois, il
" ne pourra pas le verser immédiatement, avant d'avoir notifié à l'acheteur
" devant témoins d'enlever le vin ou de s'attendre à le voir verser, et si, pouvant
" le verser, il ne l'a pas fait, il mérite plutôt des éloges. C'est pourquoi il peut
" aussi réclamer la valeur locative des barriques, mais seulement s'il avait
" intérêt à avoir vides les barriques contenant le vin (par exemple s'il les eût
" données en location), ou bien s'il a dû en prendre d'autres en location. Mais
" il vaut mieux, soit de prendre des futailles en location et de ne livrer le vin
" qu'après la restitution du prix de location de la part de l'acheteur, soit de
" vendre le vin de bonne foi, c'est-à-dire de faire en sorte que la vente cause aussi
" peu de dommage que possible à l'acheteur, si la chose est faisable sans
" inconvénient pour le vendeur lui-même „.

" Si vous avez acheté du vin en barriques et que rien n'ait été convenu au
" sujet de sa délivrance, l'intention des parties paraît avoir été que les barriques
" fussent rendues libres avant qu'on en eût besoin pour les vendanges. Si elles
" n'ont pas été rendues libres, il y a lieu pour le vendeur, comme le pensèrent les
" anciens, de mesurer le vin et de le verser; car, s'il n'apparaît pas combien le
" vin mesure, les anciens conseillèrent de le mesurer pour que l'on sût quelle
" quantité avait péri pour l'acheteur „.

2° D. *eod.*, L. 13 (12), Paul, " Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi
" essent, concidit : si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus trade-
" rentur, emptoris periculum esse placet „.

" Un édile brisa des lits achetés, parce qu'ils étaient placés sur la voie publique;
" s'ils avaient été livrés à l'acheteur ou bien si celui-ci était en demeure de les
" recevoir, il est admis que le risque est pour lui „.

3° D. 33, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 8, Pomponius, " Si heres damnatus sit
" dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit quo minus accipiat,
" periculose heredem facturum, si id vinum effundet : sed legatarium petentem
" vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id,
" quod propter moram ejus damnum passus sit heres „.

" Si l'héritier a été chargé de donner le vin qui se trouvait en barrique et
" que le légataire ait été en demeure de le recevoir, l'héritier fera chose dange-
" reuse en versant le vin. Mais il a été admis que le légataire qui réclame le

qui sont susceptibles de consignation, car le délaissement ne fait que suppléer à la consignation (29).

" vin de l'héritier, sera repoussé par l'exception de dol, s'il ne paye pas à " l'héritier ce que celui-ci a éprouvé de dommage à cause de la demeure du " légataire ".

Dans le premier passage, Ulpien s'occupe *ex professo* et en détail du droit de délaissement appartenant au débiteur; il est des plus explicites en faveur de ce droit. Sans doute, vers la fin du § 3, il recommande la prise en location d'autres barriques, aux frais de l'acheteur en demeure, ainsi que la vente du vin dont l'acheteur refuse de prendre livraison. Mais il n'admet pas moins comme constant, au commencement du § 3, que le vendeur peut verser le vin moyennant une notification préalable; il se laisse si peu ébranler par la considération que le vendeur peut sauvegarder autrement ses intérêts, qu'immédiatement après, au § 4, il pose de nouveau le principe du droit d'abandon, en nous apprenant qu'il était déjà reconnu par les anciens jurisconsultes.

Le même principe sert de base à notre second texte (L. 13 *eod.*). Des lits avaient été vendus; l'acheteur était en demeure de les recevoir et le vendeur les avait laissés sur la voie publique. Les trouvant là, un édile municipal, chargé de la police des chemins publics (D. 43, 10, *de via publ.*, L. un.), les fit briser. Ils ont péri pour le compte de l'acheteur, décide Paul. Le jurisconsulte regarde donc comme valable l'abandon des lits de la part du vendeur.

Au contraire dans la troisième loi, relative à un legs de vin en barriques, Pomponius répute dangereux pour l'héritier l'abandon du vin que le légataire est en demeure de recevoir « periculose heredem facturum ». Il n'est guère possible d'entendre ces mots en ce sens que le vendeur supporterait les conséquences de l'abandon s'il ne l'avait pas fait précéder d'une notification. Le jurisconsulte admet que l'abandon, fût-il précédé d'une notification évidemment indispensable, expose le vendeur à devoir néanmoins livrer le vin vendu.

On ne peut appliquer les deux premiers textes aux obligations de bonne foi et le troisième aux obligations de droit strict, sinon le droit romain se serait montré plus rigoureux pour la première catégorie d'obligations que pour la seconde! On ne peut pas non plus restreindre les décisions d'Ulpien et de Paul aux contrats et celle de Pomponius aux legs; aucun motif ne milite en faveur de cette distinction. Il faut admettre l'antinomie et donner la préférence à l'opinion d'Ulpien. Elle est exposée *ex professo* et d'une manière développée; elle est de plus représentée comme celle des anciens jurisconsultes romains.

(29) On a voulu le restreindre aux dettes de vin. Mais c'est précisément pour le vin que le Digeste de Justinien contient des lois contradictoires (D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L 1 § 3-4; D. 33, 5, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 8); de plus, le droit d'abandon est consacré pour les lits; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 13. Peu importe que, dans les *Basiliques* LIII, 7, le fragment du Digeste 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 1 § 3, soit placé sous la rubrique de la vente du vin. Les Pandectes doivent l'emporter sur les *Basiliques*.

On pourrait dire encore que, dans l'ancienne Rome, le vendeur de vin avait l'habitude de se réserver le droit de faire du vin ce qu'il voulait, s'il n'était pas enlevé avant le 1er octobre qui suivait la vente; CATON, *de re rustica* 148, vis Locus vinis ad kalendas Octobres primas dabitur; si ante non deportaverit, dominus vino quod volet faciet. Mais le D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 1 § 3-4, ne fonde pas le droit d'abandon de la chose due sur une clause tacitement sous-entendue

Section II. — **De l'inexécution des obligations.**

LŒHR, *Theorie der Culpa*, Giessen, 1806, *Beiträge zu der Theorie der Culpa*, Giessen et Darmstadt, 1808, et *Magazin* IV, n° 25, Giessen, 1844.

HASSE (J. CHR.), *Die Culpa des römischen Rechts*, Bonn, 1838, 2e édition publiée après le décès de l'auteur par BETHMANN-HOLLWEG, 1re de 1815, et *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* IV (1818), n° 5.

§ 294. DES CAUSES D'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS.

Il y a deux causes principales d'inexécution des obligations, la faute et le cas fortuit; l'inexécution de l'obligation est imputable au débiteur, ou bien elle ne lui est pas imputable. A vrai dire le dol n'est pas une troisième cause, il rentre dans la faute.

I. Conformément à des explications antérieures(1), le débiteur manque à son obligation par dol, par une faute lourde, par une faute légère *in abstracto** ou *in concreto**, selon qu'il le fait volontairement ou bien en omettant soit les soins que le père de famille le moins diligent apporte à ses affaires, soit les soins d'un bon père de famille, soit à la fois ces derniers soins et ses propres soins habituels. Le droit romain ne connaît pas de faute très légère, une *culpa levissima* consistant à négliger les soins d'un très bon père de famille, d'un homme d'une diligence supérieure(2). Les lois doivent être faites pour la masse des hommes; or ceux-ci ne sont pas en général des hommes supérieurs, on leur demanderait l'impossible si on les astreignait aux soins d'un très bon père de famille. En matière de contrats, une pareille responsabilité serait en opposition ouverte avec la volonté des parties(3).

comme étant usuelle, et d'autre part la loi 13 *eod.* admet le délaissement pour les lits.

En ce sens MÜHLENBRUCH, II, § 357, II, 3, et MOMMSEN, *Beiträge* III, § 32, note 10.

Contra MADAI, *Lehre von der Mora*, § 64, 3°, p. 466-471, et apparemment aussi MOLITOR, cité, II, n° 983 initio. Cf. WINDSCHEID, II, § 346, 3 et note 6.

(1) T. I, § 87-88.

(2) Les anciens romanistes admettaient cette responsabilité. Ils enseignaient que si un rapport obligatoire présentait de l'intérêt pour les deux parties, elles répondaient l'une et l'autre de la faute légère, mais que, dans les rapports obligatoires offrant un avantage exclusif pour une partie, celle-ci était tenue de la faute très légère, tandis que la partie désintéressée était seulement responsable de la faute lourde; donc le donataire, le déposant et le commodataire auraient été tenus de la faute très légère.

(3) Il est aussi illogique d'admettre que la partie qui retire un avantage du contrat serait tenue de la faute légère si le cocontractant a un intérêt réci-

II. Il y a cas fortuit (*casus, vis major*) lorsque l'inexécution de l'obligation n'est pas imputable au débiteur, ni à son dol, ni à sa faute[4]. Il ne peut être question de cas fortuit lorsque le débiteur manque à son obligation par suite d'un événement accidentel en lui-même, mais amené par son dol ou par sa faute; ce débiteur est coupable de dol ou de faute; c'est d'une manière peu exacte que l'on parle ici d'un *casus dolo vel culpa determinatus**[5]. Examinons quelques espèces particulières.

proque, et qu'elle serait tenue de la faute très légère à défaut de cet intérêt réciproque; la responsabilité d'un débiteur ne doit raisonnablement pas varier d'après l'existence ou l'absence d'un intérêt réciproque du cocontractant.

Les textes sont décisifs. Le D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 3, et le D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 13 § 1, assimilent la responsabilité du commodataire à celle du vendeur et du créancier gagiste; or ceux-ci ne sont certainement tenus que de la faute légère.

Non obstant : 1° D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 4, qui soumet le commodataire à une *exactissima diligentia*. Ces mots visent les soins d'un bon père de famille. Cela résulte des deux textes précités et d'autres où le superlatif latin équivaut à un positif français : I, 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 1 i. f.; ce passage exige du gérant d'affaires une *exactissima diligentia*, alors qu'on est d'accord pour le rendre seulement responsable de la faute légère *in abstracto*; Paul, I, 4, § 1; C. 2, 18 (19), *de neg. gest.*, L. 20 § 1. — I. 3, 24, *de locat.*, § 5 i. f.; D. 19, 2, *loc.*, L. 25 § 7 i. f.; d'après ces passages, le preneur doit être un *diligentissimus pater familias* dans le même sens.

2° D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 44 pr. « In lege Aquilia et levissima culpa venit ». Ce texte est étranger à la responsabilité du débiteur; il concerne la loi *Aquilia* et, à ce point de vue encore, il a en vue l'omission des soins d'un bon père de famille; arg. D. *eod.*, L. 31 « culpam autem esse, quod, cum a diligente « provideri poterit, non esset provisum.. » Cf. T. IV, § 491, II.

3° I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig*, § 4 « Sed quia pignus utriusque gratia « datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis « ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam « exactam diligentiam adhiberet : quam si praestiterit et aliquo fortuito casu « rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere ».

On a conclu de ce passage que si un débiteur n'a pas un intérêt réciproque à un contrat, la partie adverse répond de la faute très légère. Le véritable motif pour lequel Justinien impose au créancier gagiste la responsabilité de la faute légère, c'est que le créancier retire un avantage personnel du contrat de gage. Seulement Justinien anticipe sur la phrase suivante où le créancier gagiste est déclaré libéré par le cas fortuit; il est ainsi amené à dire qu'il *suffit* au créancier gagiste de prester *exactam diligentiam*. Voyez Maynz, II, § 242, note 5 i. f.

Combattue déjà par Doneau (*Comment.* XVII, c. 6-7) et par Lebrun (*Essai sur la prestation des fautes, où l'on examine combien les lois romaines en distinguent d'espèces*, Paris, 1764, réimprimé en 1813, avec une dissertation de Pothier), l'ancienne théorie a été définitivement renversée par le travail classique de Hasse — (4) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 4, L. 18 pr. initio.

(5) L. 5 § 4 cit., vis nisi aliqua culpa interveniat, L. 18 pr. cit., vis mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt.

1° Le vol de la chose due est généralement imputable au débiteur, car le plus souvent on prévient le vol en gardant la chose avec les soins d'un bon père de famille(6). Le vol ne constitue un événement accidentel que lorsqu'il a lieu malgré les soins d'un bon père de famille apportés par le débiteur à la garde de la chose, ce qui est toujours vrai si le vol a été commis avec violence(7) et se produit parfois aussi à l'occasion d'un vol ordinaire(8).

2° L'incendie de la chose due est tantôt un cas fortuit, tantôt le résultat d'une faute du débiteur. S'il a été provoqué par le feu du ciel, c'est un pur accident et il peut avoir le même caractère en d'autres circonstances(9). Mais souvent aussi l'incendie de la chose due provient d'une négligence du débiteur; c'est même une faute lourde si le débiteur a sauvé ses propres effets de préférence à la chose due(10).

3° De même la mort de l'animal dû est un événement qui, d'après les circonstances, est accidentel ou imputable au débiteur(11).

4° Il faut en dire autant de la fuite de l'animal(12). S'il s'agit d'animaux qui n'ont pas l'habitude d'être gardés, leur fuite est naturellement accidentelle(13).

III. La *custodia* ne constitue point une responsabilité spéciale. C'est l'application de la responsabilité générale du débiteur à la garde et à la conservation de la chose due, pour prévenir sa disparition, sa perte matérielle ou sa détérioration(14). Donc, pour connaître le degré de soins que comporte la *custodia*, il faut consulter la responsabilité générale du débiteur; cette responsabilité peut être la faute légère *in abstracto* ou *in concreto* ou bien seulement la faute lourde avec le dol; il est aussi possible que, par une convention spéciale, le débiteur ait assumé les risques et périls; il est même censé les assumer tacitement par cela seul qu'étant déjà tenu de plein droit des soins d'un bon père de famille, il se charge encore spécialement de la *custodia* de la chose, sauf qu'il ne supporte pas le vol commis avec violence(15). C'est ainsi que la *custodia* du vendeur et du preneur exige les soins d'un

(6) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 15 (14) § 1.

(7) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 31 pr.; D. 13, 6, *commod*, L. 5 § 4 initio, L. 18 pr. initio.

(8) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 4 initio; I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3a initio.

(9) Cf. D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 4 i. f., L. 18 pr. initio, et I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 initio, et D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 12 (11).

(10) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 4 i. f.

(11) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 4 initio, L. 18 pr. initio; I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 initio. — (12) I. *eod.*, § 3a initio.

(13) D. 13, 6, *commod.*, L. 18 pr., vis fugas servorum qui custodiri non solent.

(14) D. 36, 4, *ut in poss. legat.*, L. 5 § 22 i. f. — (15) Cf. T. III, § 296, II, 1°.

bon père de famille[16]; celle de l'associé réclame les mêmes soins dans les limites des habitudes de l'associé (faute légère *in concreto*)[17]. Si un vendeur assume les risques de la chose, sa *custodia* comprend le cas fortuit[18]. Par contre, le dépositaire satisfait à la *custodia*, en ne commettant ni dol ni faute lourde[19].

§ 295. RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR.

1° Le débiteur qui a un intérêt à l'obligation, répond de la faute légère *in abstracto;* s'il n'y a aucun intérêt, il ne répond que du dol et de la faute lourde[1]. En conséquence, lorsque les deux parties retirent un avantage du rapport obligatoire, elles sont responsables toutes les deux de la faute légère *in abstracto*[2]. Lorsque l'une d'elles seulement est intéressée au rapport obligatoire, la même responsabilité lui incombe[3], mais la partie désintéressée ne répond que du dol et de la faute lourde[4]. Cette théorie est rationnelle. Lorsqu'un débiteur retire un profit de l'obligation, il est conforme à la raison que le créancier puisse compter sur la diligence d'un bon père de famille, Mais si le débiteur rend un pur service, il veut rendre le service tel quel; le créancier qui reçoit une libéralité, aurait mauvaise grâce à se plaindre d'une négligence ordinaire; tout ce qu'il peut raisonnablement exiger du débiteur, c'est que celui-ci s'abstienne de dol et de faute lourde. C'est pour un motif analogue que le donateur ne doit pas au donataire la garantie du chef d'éviction ou des vices de la chose donnée; il veut seulement la lui transférer telle quelle, dans l'état où il la possède lui-même[5]. Ces règles ne valent guère que pour les obligations d'un corps certain; il est impossible de les appliquer aux dettes de choses fongibles en ce qui concerne la chose due elle-même; il ne peut être question de garder ou de conserver un genre. Mais le débiteur de choses fongibles peut être en faute quant au lieu

(16) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 4 initio; I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 5 i. f.

(17) D. 17, 2, *pro socio*, L. 52 § 3 i. f, cbn. avec L. 72.

(18) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3a initio; cf. D. 19, 1, *de A. E. et V.*, L. 31 pr.

(19) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 5. Cette dernière *custodia* étant très relachée, nos sources (Gaius, III, 207 initio; I. 4, 1, *de oblig. quae ex del. nasc.*, § 17 initio) disent que le dépositaire ne doit pas la *custodia*; cela signifie seulement qu'il n'est pas tenu de garder la chose avec les soins d'un bon père de famille.

(1) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2; D. 30, *de leg 1°*, L. 108 § 12.

(2) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 i. f.; D. 30, *de leg 1°*, L. 108 § 12 i. f.

(3) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 3 initio.

(4) L. 5 § 2 initio cit.; D. 30, *de leg 1°*, L. 108 § 12.

(5) Cf. T. III, § 387, I, 1°, et § 389, I, 1°.

et au temps du payement. S'il a droit à une prestation réciproque, on comprend qu'il soit en demeure de la recevoir; l'acheteur, qui est débiteur d'une quantité de choses fongibles, peut être en demeure de recevoir la chose vendue. Parfois encore le débiteur de choses fongibles qui est créancier réciproque, est obligé de restituer la chose reçue; l'acheteur doit rendre la chose vendue dont il a obtenu la rédhibition pour vices cachés. A tous ces points de vue, la responsabilité du débiteur de choses fongibles a la même étendue que celle du débiteur d'un corps certain.

2° Conformément à ces principes, les deux parties répondent de la faute légère *in abstracto* dans la vente (6), le louage (6), le contrat emphytéotique et l'échange. Par contre, le donateur est seulement tenu de la faute lourde et du dol (7), tandis que le donataire est tenu de la faute légère ordinaire. De même le déposant répond de toute faute, le dépositaire de la faute lourde seulement (8). Quant à la personne chargée d'un legs, elle est tenue de la faute légère ou de la faute lourde, selon que, le legs étant exécuté, elle garde ou non un avantage du testament (9). Dans le contrat de gage, la responsabilité de celui qui reçoit le gage s'étend évidemment à la faute légère. En ce qui concerne celui qui le donne, il faut voir si c'est le débiteur ou un tiers. Le débiteur répond de toute faute, car c'est le contrat de gage qui détermine le créancier à contracter l'obligation principale, à prêter par exemple, ou du moins à accorder au débiteur des conditions plus avantageuses, une échéance plus reculée, un taux d'intérêts plus modéré, etc.; le débiteur retire donc un profit de la constitution du gage (10). On ne peut en dire autant de celui qui constitue un gage pour la dette d'autrui; aussi répond-il seulement de la faute lourde. Dans le commodat, le commodant n'est en général tenu que de la faute lourde; le contrat étant essentiellement gratuit, le commodant n'a jamais droit à un prix et le plus souvent il n'a pas non plus d'autre avantage; seul le commodataire doit les soins d'un bon père de famille (11). Mais parfois le prêt à usage est avantageux pour les deux contractants; par exemple je prête mon cheval à un amateur pour qu'il le dresse, je prête ma vaisselle à un ami pour l'aider à recevoir des connaissances communes; alors les

(6) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 i. f. — (7) D. 39, 5, *de donat.*, L. 18 § 3 i. f.

(8) C. 4, 34, *depos.*, L. 1 initio; D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 initio; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3. — (9) D. 30, *de leg. 1°*, L. 108 § 12, L. 47 § 5.

(10) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 i. f.; I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 4 v^is Sed quia.....; D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 i. f.

(11) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 2, v^is At is qui utendum.....; D. 13, 6, *commod.*, L. 18 pr. initio.

contractants ressemblent à des associés et, comme ceux-ci, ils répondent de la faute légère *in concreto*[12]. Parfois même le commodant est l'unique intéressé; tel est le cas où je prête mon cheval à un ami pour qu'il le dresse, ce qu'il accepte de faire par pure complaisance pour moi[13]; ici, par un renversement de la responsabilité normale dans le commodat, le commodant est tenu de toute faute et le commodataire de la faute lourde seulement[14].

§ 296. MODIFICATIONS DE LA RESPONSABILITÉ ORDINAIRE DU DÉBITEUR.

I. Les règles exposées dans le paragraphe précédent admettent plusieurs exceptions :

1° D'après le droit commun, le mandataire, le gérant d'affaires, le tuteur et le curateur ne devraient répondre que de la faute lourde, car leur gestion est gratuite. Mais il n'en est pas ainsi; le mandataire est tenu de toute faute. Pourquoi? On peut dire que la gestion des affaires d'autrui est d'une importance capitale, elle suppose une confiance illimitée; lorsqu'on confie à quelqu'un le soin d'une affaire, on compte sur toute la diligence, sur toute la prudence d'un bon père de famille[1]. Le gérant d'affaires a la même responsabilité[2], pour un motif analogue[3]. Quant aux tuteur et curateur, ils répondent de la faute légère *in concreto;* la tutelle et la curatelle sont à un degré éminent des charges de confiance; si on se montre plus indulgent que pour le mandataire, c'est que les fonctions de tuteur et de curateur sont obligatoires[4].

2° Les associés devraient être tenus de toute faute, de même que le mari dans l'administration de la dot, de la contre-dot (*donatio propter nuptias*) et des biens paraphernaux de la femme, ainsi que les communistes entre lesquels une chose est commune indépendamment d'un contrat de société; à cette dernière catégorie appar-

(12) L. 18 pr. cit., v^is At si utriusque.....

(13) Ou bien, dit le D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 10, quelqu'un prête des ornements à sa fiancée ou à sa femme, non pas dans l'intérêt de celle-ci, mais exclusivement dans le sien « quo honestius culta ad se deduceretur ». — (14) L. 5 § 10 cit.

(1) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio; C. 4, 35, *mand.*, L. 11, L. 13. On ne peut en dire autant du dépôt; la garde d'une chose implique seulement des soins très vulgaires.

(2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio; Paul, I, 4, § 1; C. 2, 18 (19), *de neg. gest.*, L. 20 § 1; I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 1 i. f.

(3) Cf. T. IV, § 474, II, 1°.

(4) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio; D. 27, 3, *de tut. act.*, L. 1 pr , et arg. de ce texte.

tiennent les cohéritiers. Tous ces débiteurs retirent un profit de l'obligation. Cependant ils ne sont responsables que de la faute légère *in concreto*(5). Pour les associés, le motif principal de cette responsabilité exceptionnelle c'est que tous les associés sont personnellement intéressés à une bonne gestion; si l'un d'eux gère mal, il ne nuit pas seulement aux autres, mais aussi à lui-même pour sa part sociale. Si donc il se montre aussi soigneux qu'il l'est d'habitude dans ses propres affaires, sans s'élever précisément jusqu'aux soins d'un bon père de famille, il faut supposer qu'il est incapable de prester ces soins; les exiger de lui, ce serait lui imposer une charge au-dessus de ses forces, ce qui serait injuste, d'autant plus que, d'après le point de vue romain, il règne entre associés une sorte de fraternité(6). En outre, si un associé est d'une diligence inférieure à celle de la moyenne des hommes, le contrat de société a dû avoir égard à cette circonstance lors de la fixation des parts sociales; ses coassociés sont indemnisés d'avance de sa médiocre diligence. Nos sources invoquent cette considération que celui qui a pris comme associé un homme peu soigneux, doit s'imputer à lui-même de ne pas avoir fait un meilleur choix(7); le motif prouve trop; on pourrait l'invoquer dans tous les contrats pour abaisser la responsabilité du débiteur à la faute légère *in concreto*(8). En ce qui concerne le mari et les communistes autres que les associés, eux aussi sont intéressés à une bonne administration; s'ils gèrent d'une façon médiocre, c'est qu'ils ne peuvent mieux faire et ce serait leur demander l'impossible que de les soumettre d'une manière absolue aux soins d'un bon père de famille.

3° Le précariste, c'est-à-dire celui qui a obtenu l'usage d'une chose à titre précaire, est seulement responsable de la faute lourde, bien qu'il retire un avantage exclusif du contrat(9). Pendant des siècles, le précaire ne constitua pas un contrat à Rome; c'était un simple état de fait, le précariste n'était pas civilement obligé de restituer; on comprend que, dans ce système, le précariste ne fût pas tenu d'une faute ordinaire(10). Sous l'empire, le précaire devint un contrat obligeant civilement le précariste(10); mais le rapport

(5) I. 3, 25, *de societ.*, § 9; D. 17, 2, *pro socio*, L. 72. — D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 17 pr.; arg. C. 5, 3, *de donat. ante nupt.*, L. 20 § 2 (pr. initio), vis quae (*scil. donatio propter nuptias*) quasi antipherna possit intellegi; C. 5, 14, *de pact. conv.*, L. 11 § 4. — D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 16. — (6) D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 pr. i. f.

(7) I. 3, 25, *de societ.*, § 9 i. f.; D. 17, 2, *pro socio*, L. 72 i. f.

(8) Les Institutes de Justinien (3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, § 3 i. f.) usent du même argument pour justifier la responsabilité du dépositaire, lequel n'est tenu que de la faute lourde.

(9) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 initio; D. 43, 26, *de prec.*, L. 8 § 3.

(10) Cf. T. III, § 363.

obligatoire auquel il donne naissance, demeura affaibli ; le précariste n'est pas soumis aux règles rigoureuses du droit, notamment au point de vue de la prestation des fautes (11).

II. D'autre part la responsabilité du débiteur, telle qu'elle résulte des règles précédentes, peut être modifiée par des conventions spéciales (12). Il est loisible aux parties d'étendre ou de restreindre la responsabilité ordinaire (13) ; le vendeur peut assumer les risques et périls de la chose vendue ou bien, en sens contraire, stipuler qu'il ne répondra que de son dol ; le dépositaire peut s'engager à répondre de la faute légère, voire même à supporter le cas fortuit (14). Ces conventions ont souvent lieu d'une manière tacite :

1° Lorsqu'un débiteur se charge spécialement de la garde (*custodia*) de la chose due, sa responsabilité s'élève d'un degré : elle est portée de la faute légère au cas fortuit ou bien de la faute

(11) Cum totum, dit Ulpien (D. 43, 26, *de prec.*, L. 8 § 3), ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit. Cf. T. IV, § 445.

On cite encore une autre exception. Dans le cas d'un contrat verbal de stipulation, le débiteur serait seulement tenu de la faute consistant en un acte positif, *culpa in faciendo*, et non de la faute par omission, *culpa in non faciendo* ; le fait de laisser mourir l'animal promis ne lui serait pas imputable. Cette distinction doit être repoussée. Le débiteur en vertu d'une stipulation, comme tout autre débiteur, répond de la faute légère ou de la faute lourde, selon qu'il retire ou non un avantage du rapport obligatoire revêtu de la forme de la stipulation ; si, pour ce rapport, il existe une responsabilité exceptionnelle, c'est celle-ci qui doit être admise. Le donateur qui a promis par stipulation, n'est tenu que de la faute lourde ; le mari qui a promis de la même manière la restitution de la dot, répond de la faute légère *in concreto*.

Nous invoquons le principe général posé par Ulpien au D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 (T. III § 295, 1°) et plusieurs textes qui soumettent le débiteur en vertu d'une stipulation à la responsabilité de la faute, sans exclure la faute *in non faciendo* ; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 51, L. 37 ; D. 46, 3, *de solut.*, L. 107 initio. A la vérité Paul, au D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91 pr., se prononce en sens contraire, sauf pour l'hypothèse de la demeure. Mais sa décision peut s'expliquer par une interprétation rigoureuse de la formule de l'action *ex stipulatu* à l'époque classique ; elle doit être considérée comme dépourvue de valeur pratique dans le nouveau droit romain. Voyez en ce sens Bethmann-Hollweg, Anhang IV à l'ouvrage de Hasse, p. 559, note 1, et Maynz, II, § 246 et note 19. Après avoir écarté l'opinion de Paul, Bethmann-Hollweg rend le débiteur en vertu d'une stipulation toujours responsable de la faute légère.

La plupart des auteurs (Hasse, cité, § 34 initio. — Windscheid, II, § 265, note 13) s'en tiennent à la doctrine de Paul. Hasse voudrait même l'étendre à toutes les obligations qui ont pour objet une dation et à celles qui sont de droit strict.

(12) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23, v^is^ Sed haec ita..... contractus dedit ; D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2, v^is^ aut si hoc..... penes quem deponitur.

(13) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23, v^is^ vel plus vel minus.

(14) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 6 et 35 initio ; D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2, v^is^ aut si hoc ..... penes quem deponitur.

lourde à la faute légère *in abstracto*. C'est le seul moyen de faire produire un effet à la convention des parties; si on n'admettait pas cette interprétation de la clause relative à la *custodia*, cette clause serait complètement inutile. En conséquence, le vendeur qui assume la garde de la chose, supportera les risques et périls[15] et le dépositaire qui s'engage à garder la chose déposée, sera tenu de la faute légère[16]. Toutefois, le débiteur qui répond de plein droit de la faute légère et qui se charge encore de la garde de la chose, ne supportera pas le vol commis avec violence; la clause relative à la *custodia* produit déjà suffisamment d'effet sous d'autres rapports et partant il n'y avait pas lieu de l'étendre à la violence[17]. — On suit les mêmes règles lorsqu'un débiteur s'offre spontanément à l'obligation, il s'engage virtuellement par là à garder la chose due. Je m'offre à l'effet de vendre votre pierre précieuse; je supporterai le risque de la chose, tandis que, si je ne m'étais pas offert, j'aurais seulement été tenu de la faute légère[18]; mais la violence sera pour le compte du maître[19]. Ainsi encore le dépositaire qui se présente au déposant à l'effet de recevoir le dépôt, répondra de la faute légère[20].

2° En principe, le débiteur qui doit restituer une chose reçue sur estimation, ne s'engage pas pour cela à en supporter le risque; l'estimation peut avoir d'autres buts que celui d'imposer au débiteur le *periculum* de la chose due[21]. Pour qu'elle ait ce dernier but, il faut qu'il résulte des circonstances que l'intention des parties a été d'obliger le débiteur à rendre d'une manière absolue une

(15) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3a initio.

(16) Arg. D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 35 i. f.

(17) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 31 pr. Dans ce passage, Neratius se fonde sur ce que la garde ne peut pas grand'chose contre la violence : *quia custodia adversus vim parum proficit.* Cette raison n'est pas concluante; on pourrait dire aussi d'une manière générale : *adversus* CASUM *custodia parum proficit*, ce qui prouverait contre la règle elle-même obligeant le vendeur à supporter les risques et périls, s'il a assumé la garde de la chose vendue.

(18) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 1.

(19) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 31 pr.

(20) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 35 i. f.

(21) Elle peut impliquer la vente de la chose pour le montant de l'estimation; alors la dette ne porte plus sur la chose estimée, mais sur l'estimation, qui est due comme prix de vente; D. 19, 2, *locati*, L. 3; C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 1 § 1, L. 5, L. 10. Elle peut tendre à fixer le montant des dommages et intérêts à payer par le débiteur, dans le cas de faute; C. *eod.*, L. 21; D. 17, 2, *pro socio*, L. 52 § 3. Sans doute, dans le premier cas, le débiteur supporte le *periculum* de la chose estimée (C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 10), mais c'est comme acheteur ou propriétaire et non comme débiteur de la chose estimée; il est débiteur d'une somme d'argent.

valeur égale à l'estimation, en nature ou en argent[22]. Il faudra s'arrêter à cette interprétation, s'il est impossible d'attribuer une autre portée à l'estimation. Le bailleur d'un bien rural remet sur estimation à son fermier les objets nécessaires à l'exploitation de la ferme (*instrumentum fundi*); alors même qu'il n'y aurait pas vente des objets estimés[23], le fermier supportera les diminutions accidentelles de valeur, comme il profite des augmentations. Dans l'espèce, il n'est guère admissible que les parties aient seulement voulu fixer le montant des dommages et intérêts à payer par le fermier qui se rendrait coupable de faute; elles ont dû avoir en vue d'autres éventualités plus fréquentes telles que l'usure naturelle du matériel de ferme et la mort naturelle des esclaves et des bestiaux[24].

Une seule convention est prohibée en cette matière; il n'est pas permis de stipuler qu'on ne répondra pas de son dol (*pactum ne dolus praestetur*); une telle stipulation est immorale, elle favorise le dol[25]. Mais le créancier peut renoncer aux dommages et intérêts qui lui sont dus à raison d'un dol déjà commis; il y a alors une simple renonciation à un droit acquis et non un encouragement du dol[26].

Le débiteur peut-il stipuler valablement qu'il ne sera pas tenu de la faute lourde, en demeurant responsable de son dol? La question se présente notamment pour le dépositaire. Elle doit être résolue affirmativement. Puisque la faute lourde ne constitue qu'une négligence et non un dol, il n'y a pas de motif d'invalider la convention dont il s'agit. Si la faute lourde est assimilée au dol, cette assimilation n'a pas pour but d'identifier des notions distinctes; elle signifie uniquement que tout débiteur répond de la faute lourde comme du dol[27].

(22) Cf. D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 3 i. f. Dans ce passage, le commodataire avait reçu la chose sur estimation et il s'était engagé à payer l'estimation " aestimationem se praestaturum recepit ". Ulpien décide qu'il supporte le *periculum*.

(23) Cf. D. 19, 2, *locati*, L. 3.

(24) D. *cod.*, L. 54 § 2. Cf. T. IV, § 414, 1°. Voyez sur les effets de l'estimation Maynz, II, § 173 et note 25.

(25) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23, v^is^ excepto eo.. ..... et ita utimur; D. 2, 14, *de pact.*, L. 27 § 4 initio; D. 13, 6, *commod.*, L. 17 pr.; D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 7 et 10 i. f.

(26) D. 2, 14, *de pact.*, L. 27 § 4, v^is^ sed post admissa haec pacisci possumus; C. 2, 4, *de transact.*, L. 34 (33).

(27) Cf. T. III, § 294, II, 1° i. f. C'est par cette distinction entre le dol et la faute lourde qu'on rend aisément compte de deux passages des Pandectes qui ont été l'objet d'explications très variées; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 15 « Sed « et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum », L. 27 § 3 « Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur ; quamvis

§ 297. DE LA PREUVE.

En général, le débiteur est seulement tenu d'établir que l'inexécution de l'obligation ne lui est pas imputable; en soutenant qu'il a apporté à son obligation la somme de soins nécessaire, il se prétend libéré; il oppose une exception et le défendeur doit prouver ses exceptions[1]. Le vendeur qui soutient que la chose vendue a péri accidentellement, est tenu d'établir le cas fortuit. De même l'associé doit prouver l'accident qu'il invoque ou du moins établir qu'il n'était pas d'habitude plus diligent dans ses propres affaires. La règle énoncée cesse si le débiteur n'est responsable que du dol et de la faute lourde ou bien de son dol seulement; ici c'est le créancier qui supporte la charge de la preuve; le dol et la faute lourde sont des exceptions, ils ne se présument point[2]. Donc, dans le cas d'un dépôt, c'est au déposant d'établir le dol ou la faute lourde du dépositaire[3].

§ 298. EFFETS DE L'INEXECUTION COUPABLE DE L'OBLIGATION.

SCHOEMANN, *Lehre vom Schadenersatz*, 2 vol., Giessen, 1807.

HAENEL, *Versuch einer kurzen und fasslichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatz, nach heutigem römischen Rechte*, Leipzig, 1823.

WENING-INGENHEIM (junior), *Die Lehre vom Schadensersatze nach römischem Rechte*, Heidelberg, 1841.

COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht*, Leipzig, 1865.

I. *Principes fondamentaux.* A) Lorsque l'obligation est inexécutée par une circonstance imputable au débiteur, le débiteur doit réparer tout le dommage que l'inexécution de l'obligation

« si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo « agat : quod pactum proderit ».

Le *pactum ne depositi agat* implique qu'on ne répondra ni de son dol ni de sa faute lourde; sous le premier rapport il est nul, sous le second il est valable. Il est vrai que nous introduisons dans les lois précitées une distinction qui n'y est pas indiquée, mais c'est le seul moyen d'écarter, soit une antinomie avec d'autres lois condamnant positivement le *pactum ne dolus praestetur*, soit une exception injustifiable pour le cas de dépôt. Cf. HASSE, cité, § 60, note 1, et MAYNZ, II, § 173, note 22. D'après HASSE, cité, § 60, il ne serait pas permis au débiteur de stipuler qu'il ne répondra pas de la faute lourde.

(1) C. 4, 24, *de act. pigner.*, L. 5.

(2) D. 22, 3, *de probat.*, L. 18 § 1, et arg. D. 16, 3, *depos.*, L. 32.

(3) HASSE, cité, § 57. — MOLITOR, cité, I, n° 213. — Cf. MAYNZ, II, § 173 i. f.

a causé au créancier[1]. Les dommages et intérêts représentent la moins-value du patrimoine du créancier à cause de l'inexécution de l'obligation, c'est la différence entre la valeur actuelle du patrimoine du créancier et la valeur à laquelle ce patrimoine se fût élevé si l'obligation avait été remplie. Les Romains rendent cette idée d'une manière expressive par les mots *id quod interest* ou *quanti mea interest*[2]. Ils emploient aussi les termes *quanti ea res est*[3] ou *utilitas*[4]. L'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution de l'obligation est générale :

1° Il n'y a pas lieu de distinguer entre un dommage direct et un dommage indirect, c'est-à-dire entre le préjudice qui résulte immédiatement de l'inexécution de l'obligation et celui qui n'en est qu'une conséquence médiate. Non seulement cette distinction n'est pas précise et, de ce chef, elle est inapplicable dans la pratique, mais en outre elle est arbitraire ; il n'existe aucun motif de restreindre la responsabilité du débiteur au dommage direct et de l'exclure quant au dommage indirect, si celui-ci a été réellement causé par l'inexécution de l'obligation. Il n'est pas plus rationnel de tenir compte du dommage indirect si le débiteur a été de mauvaise foi et de le négliger dans le cas de bonne foi du débiteur. La distinction entre le dol et la faute du débiteur sert, jusqu'à un certain point, à déterminer si le débiteur est ou non responsable de l'inexécution de l'obligation, d'après les règles sur la prestation des fautes[5] ; mais si, en vertu de ces règles, le débiteur est responsable de l'inexécution de l'obligation, il est logique qu'il répare tout le préjudice qui en est résulté pour le créancier, ce préjudice fût-il seulement indirect et malgré sa bonne foi[6].

(1) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 1 pr.

(2) D. *eod.*, L. 1 pr., L. 4 pr. ; C. 4, 49, *eod.*, L. 4, L. 10, L. 12 ; C. 7, 47, *de sent., quae pro eo quod interest profer.*, L. un. pr. et § 1 initio.

(3) D. 39, 2, *de damno inf.*, L. 4 § 7 ; D. 43, 4, *ne vis fiat ei*, L. 1 § 5 initio. Souvent ces mots ne comprennent que la valeur de la chose due ; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 193 ; D. 2, 3, *si quis jus dic. non obtemp.*, L. un. § 4 initio.

(4) Voyez les deux premiers textes de la note précédente. — (5) § 295-296.

(6) Sans doute, il se peut que le débiteur n'en soit pas responsable, parce qu'il ne l'a ni prévu, ni dû prévoir, mais alors c'est pour cette dernière raison qu'il n'est pas tenu ; cf. n° II du présent paragraphe.

1° D. 19, 2, *locati*, L. 19 § 1 initio, Ulpien, « Si quis dolia vitiosa ignarus « locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec igno- « rantia ejus erit excusata : et ita Cassius scripsit ».

« Si quelqu'un a de bonne foi donné en location des futailles vicieuses et que « plus tard le vin ait coulé, il sera tenu à des dommages et intérêts et son igno- « rance ne sera pas excusée ; c'est ce qu'a écrit Cassius ».

2° D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8, Ulpien, « Nunc de officio judicis « hujus actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an

2° Il est aussi indifférent que le dommage causé par l'inexécution de l'obligation soit intrinsèque, relatif à la chose due elle-même (*circa rem*), ou extrinsèque, relatif à d'autres biens du créancier

« vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi « potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur. Julianus « Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cujus interdum « potuit interesse Ephesi recipere : itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid « enim si trajecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena « debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena « commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo « distracta est? In hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legiti- « mum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare : an et lucri ratio « habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem ».

« Il nous faut parler maintenant de la mission du juge de cette action; doit-il « s'en tenir à la quantité du contrat, ou bien doit-il augmenter ou diminuer « cette quantité, de telle façon que si le débiteur avait intérêt à payer à Éphèse, « plutôt qu'au lieu de la poursuite, on aurait égard à ce lieu? Julien ayant suivi « l'opinion de Labéon a pris aussi en considération le demandeur, qui parfois a « pu avoir intérêt à recevoir le payement à Éphèse; il faudra donc aussi tenir « compte de l'intérêt du demandeur. En effet, que décider s'il a prêté de l'argent « à transporter au delà de la mer, pour qu'il fût restitué à Éphèse, où il devait « de l'argent sous une clause pénale ou sur hypothèque, et que, par votre « demeure, les choses hypothéquées aient été vendues ou la peine encourue? Ou « bien il devait quelque chose au fisc et une chose du stipulant a été vendue à « vil prix? Dans cette action arbitraire on comprendra le dommage même au delà « du taux légal des intérêts. *Quid* si le créancier avait l'habitude d'acheter des « marchandises? Aura-t-on aussi égard au gain et non pas seulement à la perte? « Je crois qu'il faut aussi avoir égard au gain ».

Ces lois ne laissent aucun doute sur la responsabilité du débiteur de bonne ou de mauvaise foi quant au dommage indirect. Le locataire de futailles y met du vin et celui-ci coule, parce que les barriques sont défectueuses. Voilà certes un dommage indirect et cependant la première loi n'hésite pas à le mettre à la charge du bailleur de bonne foi. La seconde loi s'occupe de l'action arbitraire *de eo quod certo loco dari oportet*, par laquelle, si une dette de droit strict avait été stipulée payable à un endroit déterminé, il était possible de poursuivre le débiteur à son domicile; une action de droit strict ne pouvait servir à demander devant le juge du domicile du débiteur (à Rome) le payement d'une dette au lieu convenu (à Éphèse); cf. T. I, § 116, I. Le créancier, faute d'avoir été payé au jour convenu, avait lui-même encouru une peine vis-à-vis d'un créancier qu'il n'avait pu payer ou il avait vu vendre ses biens à vil prix. Autant d'espèces de dommage indirect. Néanmoins le débiteur est tenu d'indemniser le créancier.

Non obstant D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr. et § 1, et D. 19, 2, *locati*, L. 19 § 1 i. f. Ces textes restreignent ou excluent, dans des cas particuliers, la responsabilité du débiteur de bonne foi. Mais le motif de leurs décisions est que le débiteur, à raison de sa bonne foi, n'avait ni prévu ni dû prévoir le dommage; cf. notes 25 et 26 du présent paragraphe.

Voyez sur cette question Mommsen, *Beiträge* II, § 15, p. 143-145, et § 24-26, p. 265-297, et Vangerow, III, § 571, *Anm.* 3, n° 4.

(*extra rem*). Cette distinction n'est pas plus justifiée que la précédente et nos sources n'y ont aucun égard[7].

3° Le débiteur doit réparer non seulement le dommage positif, celui qui consiste dans une diminution réelle du patrimoine du créancier, mais encore le dommage négatif, la privation d'un gain auquel le créancier était en droit de s'attendre. Les anciens commentateurs du droit romain ont désigné ces deux dommages par les expressions *damnum emergens* et *lucrum cessans*. Supposons qu'un commerçant achète des marchandises à l'effet de les revendre; elles ne lui sont pas livrées. Si elles lui avaient été livrées, il aurait pu les revendre avec bénéfice; le défaut de livraison l'a empêché de les revendre et de réaliser le bénéfice. Le vendeur lui doit compte du gain dont il l'a privé par l'inexécution de son obligation[8].

4° Le dommage résultant de l'inexécution de l'obligation est sujet à réparation même si, dans la suite, il se produit un autre événement qui eût amené la perte dont il s'agit si elle n'avait déjà été causée par l'inexécution de l'obligation. En effet, au moment de cette inexécution, le créancier avait un droit acquis à des dommages et intérêts; ce droit acquis ne peut lui être enlevé par une circonstance subséquente[9]. Ainsi le débiteur endommage la chose due, plus tard celle-ci périt par une autre cause; le débiteur demeure tenu de la détérioration[10]. Si le débiteur d'un animal le blesse, mortellement ou non, il est responsable de cette blessure, bien que l'animal périsse ensuite par la faute d'un tiers ou accidentellement[11].

B) L'obligation de réparer le dommage amené par l'inexécution de l'obligation, est subordonnée aux conditions suivantes :

(7) D. 19, 2, *locati*, L. 19 § 1 initio; D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8; cf. la note précédente. *Non obstat* D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 3. L'*utilitas quae circa ipsam rem consistit*, dont parle Paul dans ce passage, désigne le dommage qui a sa véritable cause dans l'inexécution de l'obligation; voyez la note 18 du présent paragraphe.

(8) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8 i. f.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 3, vis quamvis crescat.....

(9) D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 7 § 4, vis quia non ex post facto..... Cf. Mommsen, *Beiträge* II, § 16, p. 146-156, Vangerow, III, § 571, *Anm.* 3, n° 2 i. f., et Windscheid, II, § 258, note 15.

(10) Arg. L. 7 § 4, vis Quod si nullo incendio.....

(11) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 11 § 3. *Non obstat* D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 27 § 2. Ce texte libère le défendeur à l'action revendicatoire lorsqu'il a endommagé l'esclave revendiqué et que celui-ci décède plus tard en vertu d'une autre cause non imputable au défendeur. C'est qu'on n'est soumis à la revendication qu'à raison de la possession; si celle-ci cesse sans la faute du défendeur, la revendication n'a plus d'objet et le défendeur doit être absous. Aussi le jurisconsulte réserve-t-il au propriétaire de l'esclave l'action de la loi *Aquilia* contre l'auteur du dommage. Contra Mommsen, *Beiträge* II, § 16, p. 149 et note 5, p. 154 et note 15 i. f.

1° Le créancier doit avoir éprouvé un préjudice véritable. D'après cela il n'aura droit à des dommages et intérêts du chef de la privation d'un gain que si ce gain était, sinon certain, au moins vraisemblable dans l'ordre naturel des choses; on n'a pas égard à des bénéfices hypothétiques; ceux-ci, par leur nature même, ne peuvent être prouvés et partant doivent être considérés en droit comme n'existant pas. Si un vendeur de filets de pêche ne les livre pas, aucune indemnité n'est due pour le poisson qui aurait pu être pris à l'aide de ces filets(12). — Quelqu'un se charge de transporter des marchandises par le vaisseau A, il les place sur le vaisseau B et les deux vaisseaux périssent; il ne doit rien au créancier. En mettant les marchandises sur le vaisseau B, contrairement au contrat, il n'a causé aucune perte au créancier, car les marchandises eussent également péri sur le vaisseau A(13).

2° Le dommage éprouvé par le créancier doit avoir été véritablement causé par l'inexécution de l'obligation; il doit y avoir entre les deux faits un lien de *causalité*. Si en définitive le préjudice a une autre cause que l'inexécution de l'obligation, le débiteur n'est pas tenu de le réparer(14). Le débiteur d'un animal le blesse légèrement; l'animal n'en périt pas moins chez le créancier par suite de l'incapacité de l'homme de l'art appelé à le soigner; le débiteur est seulement tenu du chef de la blessure(15). — Le débiteur n'est pas astreint à réparer la perte résultant d'une autre cause que l'inexécution de l'obligation, alors même que cette inexécution, si elle avait pu développer tous ses effets, aurait amené le dommage dont il s'agit, car en fait ce n'est pas elle qui l'a amené. Un usufruitier néglige de réparer la maison usufructuaire de telle façon que, par suite de

(12) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 29 § 3, Ulpien, " Plane si culpa nautarum id " factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni injuria agitur ob retia, non " piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, " an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum „.

" Si au contraire le fait est arrivé par la faute des matelots, on agira en vertu " de la loi *Aquilia*. Mais lorsqu'on agit du chef de dommage illicite relativement " aux filets, on n'estimera pas les poissons qui n'ont pas été pris pour ce motif, " car leur capture est incertaine. Il faut en dire autant des chasseurs et des " oiseleurs „.

Dans l'espèce de ce passage, une barque avait été jetée, par la faute des matelots, sur des filets de pêche et ceux-ci avaient été endommagés. La décision d'Ulpien doit être étendue par analogie au débiteur de filets de pêche qui les détériore par sa faute; on ne peut se montrer plus sévère pour lui que pour un tiers. Mommsen, *Beiträge* II, § 17 et note 29, § 23, p. 257.

(13) D. 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, L. 10 § 1 initio. Voyez aussi D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 7 § 4, vis Est et alia exceptio..... aeque perituris aedibus.

(14) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 11 § 3.

(15) L. 11 § 3 cit. et arg. D. *eod.*, L. 52 pr.

sa négligence, elle aurait fini par s'écrouler; mais, avant son écroulement, la foudre la détruit. L'usufruitier n'est pas responsable[16]. — Le débiteur ne doit pas réparer des pertes que le créancier subit par sa faute[17]. Quelqu'un achète des vivres pour ses animaux, les vivres ne sont pas livrés et les animaux meurent de faim; le vendeur n'est pas responsable de ce dommage. La véritable cause de la mort des animaux, ce n'est pas le défaut de livraison des vivres vendus, c'est la faute de l'acheteur qui aurait pu se procurer d'autres vivres et qui a négligé de le faire[18]. Ou bien l'acheteur de la chose d'autrui, étant poursuivi par l'action revendicatoire, néglige de faire valoir les impenses qu'il a faites à la chose revendiquée; il n'a pas le droit de les réclamer ensuite à son vendeur[19]. Ou bien encore l'animal légèrement blessé par le débiteur périt chez le créancier par suite d'un défaut de soins; le débiteur n'est responsable que de la blessure[20]. Toutefois, si

(16) Arg. D. 25, 1, *de imp. in res dot. fact.*, L. 4. Il résulte de cette loi que l'usufruitier n'est pas même responsable de la détérioration de la maison usufructuaire. La question de savoir si l'usufruitier a fait les réparations nécessaires et si, par suite d'un défaut de réparation, la maison s'est détériorée, cette question doit, d'après la nature des choses, être appréciée à la fin de l'usufruit. *Non obstat* D. 7, 9, *usufr. quemadm. cav.*, L. 1 § 5, qui suppose que l'usufruitier a promis d'une manière spéciale de répondre immédiatement de sa mauvaise gestion.

Quid dans le cas suivant? Le débiteur d'un esclave le blesse mortellement par sa faute; la mort devait suivre à cause de la blessure, mais, avant qu'elle survienne ainsi, l'esclave est tué par un tiers ou accidentellement. Le débiteur sera seulement tenu de la peine *de vulnerato servo*, en vertu du troisième chapitre de la loi *Aquilia*, et non de la peine *de occiso servo* édictée par le premier chapitre. Mais comme une blessure mortelle cause le même préjudice que la mort immédiate, le débiteur encourra les mêmes *dommages et intérêts*.

Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil*, L. 11 § 3, L. 15 § 1 initio. Cf. D. *eod.*, L. 13 pr., L. 15 § 1, v^is^ sed si manumissus.... ...., L. 16. Contra D. *eod.*, L. 51 pr. Voyez T. IV, § 491, note 39.

(17) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L 203. " Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire ".

(18) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 3, v^is^ Cum per venditorem steterit..... quod tardius agitur. Si, dans un cas exceptionnel, il a été réellement impossible à l'acheteur de se procurer d'autres vivres, le vendeur ne sera pas non plus tenu, car il n'a pas dû prévoir une perte provenant de circonstances aussi insolites; cf. n° II du présent paragraphe. Voyez sur cette espèce MOMMSEN, *Beiträge* II, § 26, p. 285-293, VANGEROW, III, § 571, *Anm.* 3, n° 5, p. 42-45, et WINDSCHEID, II, § 258, note 17. MOMMSEN, l. c., note 4, admet la responsabilité du vendeur si l'acheteur a été empêché de se procurer d'autres vivres. Mais son opinion est mal fondée, en théorie comme au point de vue de la loi 21 § 3 cit., qui ne distingue pas.

(19) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 45 § 1. Cf. D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 23 § 8.

(20) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 30 § 4 i. f., L. 52 pr.

l'inexécution de l'obligation a été amenée par le dol du débiteur, il est responsable même du dommage que le créancier a éprouvé par suite de sa faute; c'est alors le dol du débiteur qui constitue la cause principale du dommage[21].

3° Le créancier qui allègue qu'un dommage lui a été causé par l'inexécution de l'obligation, doit fournir la double preuve du dommage et du lien de causalité. Un créancier soutient que, faute d'avoir été payé, il n'a pu se libérer lui-même et qu'ainsi il a encouru une peine ou que son créancier a vendu ses biens à vil prix[22]. Il supportera la charge de la preuve, il devra établir qu'il n'a pu se procurer d'autres fonds pour se libérer, par exemple à raison de l'éloignement des lieux[23]. De même, lorsqu'un créancier soutient qu'il aurait réalisé un bénéfice sur la revente des marchandises si elles lui avaient été livrées et que, par suite du défaut de livraison de ces marchandises, il a été empêché de les revendre, il doit fournir la preuve de ces faits[24].

(21) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 45 § 1 i. f.; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 9 § 4. Cf. Mommsen, *Beiträge* II, § 16, p. 157-164, et § 23, p. 257-259, Pernice, *Labeo* II (1), p. 97-102, et Dernburg, II, § 45 et note 11.

(22) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8.

(23) Mommsen, *Beiträge* II, § 26, p. 286-287.

(24) Le D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8, vis merces solebat comparare, suppose cette preuve fournie. Elle n'avait pas été fournie au D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L 20 (19), vis consequi *potuit*.. quaerere *potuit*, ni au D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 3, vis *potuit* ex vino puta negotiari et lucrum facere. Voyez Mommsen, *Beiträge* II, § 17, p. 184-187, § 26, p. 285-295, et Vangerow, III, § 571, *Anm.* 3, n° 5, p. 42-45.

Nous avons rendu le débiteur responsable de tout le dommage causé par l'inexécution de son obligation. Il y a deux doctrines divergentes :

1° On soutient (Bücher, cité, § 38, p. 124 — Thibaut, I, § 167, n° 1. — Mühlenbruch, II, § 367. — Wening-Ingenheim, cité, § 172-173. — Sintenis, II, § 86 et notes 19 20. — Maynz, II, § 175, p. 31) que le débiteur doit réparer le préjudice qui est une suite *nécessaire* de l'inexécution de son obligation. Si on entend par là que le préjudice doit résulter *forcément* de cette inexécution, cette doctrine n'est pas romaine; le dommage éprouvé par le créancier qui, faute d'avoir été payé, a encouru une peine ou vu vendre ses biens à vil prix par ses propres créanciers et le dommage négatif n'ont rien de nécessaire; cependant le débiteur doit les réparer. Cf. Mommsen, *Beiträge* II, § 15, p. 141-143, § 16, p. 157 et 165, et Windscheid, II, § 258, 2 et notes 11-13.

2° On pose parfois la règle (Windscheid, II, § 258, 2) que le débiteur doit réparer tout le dommage que le créancier n'eût pas éprouvé si l'obligation avait été remplie. Cette règle est trop large. Un débiteur ne livre pas les vivres qui doivent servir à l'alimentation des animaux du créancier; ces animaux meurent de faim; ils seraient restés en vie si le débiteur avait tenu son engagement, cependant le débiteur ne doit pas indemniser le créancier de ce chef; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 3, vis Cum per venditorem steterit ..... quod tardius agitur. Ou bien le débiteur d'un animal le blesse légèrement; l'animal livré au créancier périt par

II. *De la responsabilité du débiteur dans les obligations contractuelles ou quasi-contractuelles.* Quand l'obligation inexécutée par la faute du débiteur résulte d'une convention ou d'un quasi-contrat, la responsabilité du débiteur subit une restriction importante; le débiteur contractuel ou quasi-contractuel est seulement tenu du dommage qu'il a effectivement prévu ou bien qu'il aurait pu et dû prévoir lors de la formation de l'obligation. Les obligations contractuelles ou quasi-contractuelles ont pour base la volonté des parties; il est rationnel que, dans la détermination de leurs effets, on tienne compte de cette volonté; or le débiteur ne peut avoir voulu assumer la responsabilité des pertes qu'il n'a ni prises, ni dû prendre en considération. L'équité conduit au même résultat; il serait injuste de rendre le débiteur responsable d'un dommage complètement imprévu. Ces motifs ne s'appliquent qu'aux obligations naissant de conventions ou de quasi-contrats; dans les autres, le débiteur est tenu d'une manière absolue. La règle énoncée aura bien souvent pour conséquence d'imposer au débiteur de mauvaise foi une responsabilité plus étendue qu'au débiteur de bonne foi; le premier, à raison de son dol, aura prévu un dommage que le second n'aura pas prévu et qu'il sera excusable de ne pas avoir prévu. Voici des applications :

Quelqu'un vend un cheval atteint d'une maladie contagieuse. Ce cheval communique sa maladie à celui que l'acheteur possédait déjà et les deux chevaux périssent. Si le vendeur ignorait la maladie du cheval vendu, il ne sera tenu que de la perte de ce cheval et non de celle de l'autre cheval de l'acheteur; convaincu que l'animal vendu était sain, il ne pouvait supposer qu'il aurait fait périr par contagion celui de l'acheteur. Mais il a dû prévoir cette conséquence s'il connaissait l'existence de la maladie contagieuse et partant il sera responsable de la perte des deux chevaux(25).

Il en sera de même si quelqu'un a vendu des matériaux de construction vicieux et que la bâtisse élevée par l'acheteur à l'aide de ces matériaux soit venue à s'écrouler. Le vendeur de bonne foi devra seulement une indemnité pour la moins-value des matériaux. Le vendeur coupable de dol répondra aussi de l'écroulement de l'édifice(25).

la négligence du créancier ou par l'impéritie de l'homme de l'art appelé à le soigner; sans la blessure il n'eût pas péri, néanmoins la responsabilité du débiteur se réduit à la blessure légère; arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil*, L. 52 pr. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 571, *Anm.* 3, n° 1. Cf. MOMMSEN, *Beiträge* II, § 15-16; au commencement du § 15 cet auteur semble contraire.

(25) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr., ULPIEN, " Julianus libro quinto decimo inter " eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemna- " tione ex empto : ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit,

Quelqu'un vend une prairie qui renferme des herbes vénéneuses; les bestiaux de l'acheteur ayant mangé de ces herbes périssent. Le vendeur de bonne foi ne supportera en aucune façon la responsabilité de cette perte; il ne l'a pas prévue et n'a pas dû la prévoir; il est excusable d'avoir ignoré que des herbes vénéneuses croissaient dans sa prairie; l'acheteur pourra seulement agir en rescision de la vente pour vice caché par l'action *empti* ou par l'action rédhibitoire, sans autre indemnité. Mais le vendeur de mauvaise foi sera tenu de payer la valeur des bestiaux qui ont péri, puisqu'il a prévu cette perte(26).

Quelqu'un vend des barriques destinées à contenir des liquides; elles ferment mal et le liquide qu'y met l'acheteur, le vin par exemple, coule. Le vendeur sera tenu de réparer ce préjudice, alors même qu'il aurait ignoré le défaut des barriques; étant donné que les futailles avaient pour destination de recevoir des liquides, il devait vérifier si elles fermaient bien, il est inexcusable d'avoir ignoré leur défaut,

" si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto " minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et " emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, " praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestima- " tionem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea " venisse erit praestandum ".

" Julien au livre quinzième établit une différence, quant à la condamnation en " vertu de la vente, entre celui qui a vendu quelque chose de vicieux en con- " naissance de cause et celui qui a ignoré le défaut. Il dit en effet que celui qui " a vendu du bétail malade ou des matériaux de construction vicieux, doit, s'il a " ignoré le vice, payer seulement, à l'action naissant de la vente, ce que j'aurais " payé de moins si j'avais connu la vérité. Mais s'il s'est tu sciemment et qu'il ait " trompé l'acheteur, il devra réparer tout le dommage que l'acheteur a éprouvé " par suite de cette vente. Par conséquent, si l'édifice s'est écroulé à cause du vice " des matériaux, il devra payer la valeur de l'édifice; si des bestiaux ont péri au " contact du bétail malade, il devra payer l'intérêt qu'avait l'acheteur à acheter " du bétail sain ".

(26) D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1 i. f., Ulpien, " Aliter atque si saltum pascuum " locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt " vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, " pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit ".

" Il en est autrement lorsque vous avez donné en location un pâturage dans " lequel croissaient des herbes vénéneuses; en effet, dans ce cas, si des bestiaux " du preneur sont morts ou bien ont perdu de leur valeur, vous payerez des " dommages et intérêts, si vous connaissiez la vérité; si vous l'ignoriez, vous ne " réclamerez pas le fermage; tel est l'avis de Servius, de Labéon et de Sabinus ".

Ce texte, dans le cas de bonne foi du bailleur, libère le preneur de l'obligation de payer le fermage, car celui-ci n'est dû que pour autant que le bailleur ait procuré la jouissance convenue et, dans l'espèce, il ne l'a pas procurée. Le preneur dispose de l'action *conducti* en rescision du bail, parce que la chose louée est infectée d'un vice tellement grave qu'il n'eût pas contracté s'il l'avait connu.

il aurait dû prévoir le dommage qu'il allait causer à l'acheteur(27). Il en est autrement si les futailles étaient destinées à contenir des matières sèches et que l'acheteur y mette des liquides ; ici le vendeur n'a ni prévu ni dû prévoir le dommage éprouvé par l'acheteur(28).

Quelqu'un prend un esclave en location dans le but expressément convenu de s'en servir pour conduire un mulet. Par suite de l'inexpérience de l'esclave, le mulet s'emporte et subit une détérioration. Le bailleur est tenu de réparer ce dommage; il a dû le prévoir à raison de la destination spéciale de l'esclave(29). Mais le bailleur est à l'abri de toute responsabilité, si l'esclave n'a pas été loué avec cette destination; dans ce cas, il n'a pas dû s'attendre à un dommage résultant de ce que l'esclave n'était pas en état de conduire un mulet(30).

III. *De l'évaluation des dommages et intérêts.* Il résulte de l'essence des dommages et intérêts que, dans leur estimation, le juge doit avoir égard au dommage concret éprouvé par le créancier, à raison des circonstances spéciales dans lesquelles il se trouvait; les dommages et intérêts seront plus ou moins élevés selon la personne du créancier, car celui-ci a droit à la réparation du préjudice qui *lui* a été causé par l'inexécution de l'obligation. Les

(27) D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1 initio (note 6, n° 1 du présent paragraphe); D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 6 § 4, v^is Sed si vas mihi vendideris..... refert.

(28) Arg. L. 6 § 4 cit. « nisi in contrarium id actum sit ».

(29) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 27 § 34.

(30) Voyez en ce sens Du Moulin, *De eo quod interest*, n°s 49-56, 63-65 et 178, Ihering, *Das Schuldmoment im röm. Privatrecht*, p. 54-58, Maynz, II, § 175, p. 31-32 et notes 13-14, et Namur, I, § 231, 3-4. Cf. Unterholzner, cité, I, § 131, n° III, 1 et note f, et Vangerow, III, § 571, *Anm.* 3, n° 5, p. 44-45.

D'après d'autres interprètes (Molitor, cité, I, n° 306. — Cohnfeldt, cité, § 3, p. 16-18, et § 12, p. 137), le débiteur contractuel ou quasi-contractuel serait tenu aussi de réparer le dommage qu'il n'a ni prévu ni dû prévoir. Les nombreuses décisions romaines reproduites ci-dessus condamnent cette doctrine.

D'autres encore (Mommsen, *Beiträge* II, § 16, p. 165-171. — Windscheid, II, § 258 et note 14) admettent que le débiteur contractuel ou quasi-contractuel est seulement responsable du fait de l'inexécution de son obligation, par exemple du vice de la chose, s'il l'a prévu ou a dû le prévoir; mais, sous cette condition, il répondrait de toutes les conséquences de l'inexécution de l'obligation, même s'il ne les a ni prévues ni dû prévoir. Windscheid dispense seulement le débiteur du payement des dommages et intérêts imprévus si le créancier avait le devoir d'appeler l'attention du débiteur sur leur possibilité et qu'il ait omis de le faire. Cette théorie ne se concilie pas non plus avec les lois romaines. Quelqu'un vend un cheval atteint d'une maladie contagieuse ou des matériaux de construction vicieux; il devait certainement prévoir le fait d'inexécution du contrat, le vice de la chose vendue. Néanmoins il ne répond des suites de ce vice que s'il les a prévues ou s'il a dû les prévoir, ce qui dépend de sa bonne ou de sa mauvaise foi.

différentes espèces que nous avons citées ci-dessus, établissent suffisamment ce point Mais le juge ne doit pas tenir compte d'un simple intérêt d'affection; l'estimation d'un pareil intérêt est impossible; l'affection est de nature morale et, à ce titre, n'admet pas d'estimation pécuniaire. Telle est l'affection que l'on porte à un animal; nos sources mentionnent l'intérêt qu'un esclave inspire à son maître à raison de sa qualité d'enfant naturel ou de concubine(31). En ce qui concerne le moment auquel le juge doit se référer en procédant à l'estimation des dommages et intérêts, c'est celui du jugement(32); si l'obligation avait été remplie, le créancier aurait joui de la valeur de l'obligation au moment de la sentence(33). Pour un motif analogue, l'estimation doit se rapporter au lieu où le payement devait se faire(34). — Justinien a disposé que les dommages et intérêts dus pour inexécution d'une obligation ne peuvent jamais dépasser la double valeur de la chose due(35). Ainsi, quelqu'un vend de mauvaise foi un cheval infecté d'une maladie contagieuse ou bien des matériaux de construction vicieux, le cheval infecté communique sa maladie à dix autres chevaux de l'acheteur et tous périssent; la bâtisse élevée par l'acheteur avec les matériaux vicieux s'écroule. Le juge ne peut allouer à

(31) Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 33 pr., D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 63 pr., et D. 7, 7, *de oper. servor.*, L. 6 § 2. *Non obstat* D. 17, 1, *mand.*, L. 54 pr. initio. Ce dernier texte se borne à décider qu'un intérêt d'affection suffit à la validité d'une convention et donne lieu à une action en justice. Un esclave s'était vendu à un tiers, à condition d'être affranchi par lui. Son maître a droit au prix de vente et de plus, si l'esclave est son enfant ou son frère naturel, cet intérêt d'affection l'autorise à réclamer l'affranchissement de l'esclave. Il n'est pas question ici de l'évaluation d'un intérêt d'affection. Cf. T. III, § 371, note 6.

(32) D, 13, 6, *commod.*, L. 3 § 2 initio.

(33) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 3 i. f. Toutefois, quand il s'agit d'une dette de droit strict, l'instant de la *litis contestatio* est décisif (D. 13, 6, *commod.*, L. 3 § 2 i. f.; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22 initio; D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4 initio) et, si cette dette est à terme, on se rapporte au jour de l'échéance; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22 initio; D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4 initio. Contrairement à ces décisions positives, le D. *eod.*, L. 3, veut que dans la *condictio triticiaria* on s'en rapporte au *condemnationis tempus*. SAVIGNY (*System* VI, § 276) et VANGEROW (I, § 160, *Anm.*, n° IV, 3°) pensent que ces mots visent la *condemnatio* considérée comme élément de la formule (arg. D. 44, 1, *de except.*, L. 2 pr.); il s'agirait donc de l'époque de la délivrance de la formule, c'est-à-dire de la *litis contestatio*. En aucun cas, la loi 3 citée ne saurait prévaloir sur les autres textes que nous avons invoqués. Cf. MOMMSEN, *Beiträge* II, § 20, p. 217-230, et WINDSCHEID, II, § 258, 1 et notes 7-8.

(34) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22 i. f.; D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4 i. f. C'est sans motif que la loi 22 *de rebus creditis* a été rangée parmi les *septem leges damnatae*. Cf. MOMMSEN, cité, § 20, p. 230, cbn. avec § 19, p. 210-211.

(35) C. 7, 47, *de sent.*, *quae pro eo quod interest profer.*, L un.

l'acheteur comme dommages et intérêts que la double valeur du cheval ou des matériaux vendus[36]. Pour justifier cette règle, on pourrait dire que les dommages et intérêts, en tant qu'ils dépassent le montant de l'obligation originaire, ont un caractère accessoire et que l'accessoire ne doit pas l'emporter sur le principal[37]. Mais cette explication est plus subtile que rationnelle. Les dommages et intérêts dus pour cause d'inexécution d'une obligation tiennent lieu de cette obligation; ils la remplacent et dès lors une limitation au double de la dette primitive n'a pas de raison d'être. On pourrait encore se prévaloir de l'équité, mais cette considération ne paraît pas non plus décisive; il est même à la fois irrationnel et inique de mettre à la charge du créancier des pertes que le débiteur lui a sans conteste infligées par sa faute. La restriction du double établie par Justinien ne s'applique pas à la réparation d'un dommage causé par un délit ou un quasi-délit. Si quelqu'un tue un cheval d'une valeur de 2000, les dommages et intérêts dus de ce chef peuvent dépasser 4000, par exemple si le cheval tué faisait partie d'un attelage qui, par suite de la perte du cheval, a subi une dépréciation considérable[38]. Pour le surplus, la règle est absolue[39]. Quant au maxi-

(36) Déjà à l'époque classique, pareille règle était suivie dans un cas particulier : le recours en garantie du chef d'éviction de la chose vendue ne pouvait jamais entraîner pour le vendeur une condamnation supérieure au double de la valeur de la chose à l'époque de la vente; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 43, v^is^ De sumptibus vero....., L. 44, L. 45 pr. initio. Justinien a généralisé cette règle dans le sens indiqué.

(37) Cf. VANGEROW, III, § 571, *Anm.* 4, n° 1 initio et 1° i. f.

(38) Le *duplum* établi par Justinien suppose un *simplum* préexistant en dehors des dommages et intérêts; or ce *simplum* fait défaut lorsqu'on est tenu à des dommages et intérêts sur le fondement d'un délit ou d'un quasi-délit; de pareils dommages et intérêts sont dus principalement. D'ailleurs, Justinien déclare lui-même qu'il ne dispose que pour les « casus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus. » Voyez en ce sens MOMMSEN, *Beiträge* II, § 21, p. 235, VANGEROW, III, § 571, *Anm.* 4, n° I, WINDSCHEID, II, § 258 et note 9 initio, et SINTENIS, II, § 86 et notes 31-32. Contra MÜHLENBRUCH, II, § 370, et COHNFELDT, cité, § 5, p. 46-54, et § 15, p. 207-208. Cf. MAYNZ, II, § 176, 1°.

(39) Peu importe que le débiteur se soit rendu coupable d'un dol ou d'une simple faute, qu'il y ait eu inexécution totale ou inexécution partielle. La constitution de Justinien ne distingue point; MOMMSEN, *Beiträge* II, § 21, p. 235-236. — VANGEROW, III, § 571, *Anm.* 4, n°s III-IV. Il est aussi indifférent qu'il s'agisse de l'obligation d'un corps certain ou d'une obligation de choses fongibles. Il est vrai que Justinien statue pour les « casus, qui certam habent quantitatem vel naturam » et qu'il maintient l'ancien droit pour les « casus, qui incerti esse videntur ». Mais il explique lui-même les « casus certi » par les mots « veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus »; il a en vue des dommages et intérêts dus pour cause d'inexécution des obliga-

mum qu'elle établit, c'est la double valeur de l'obligation originaire, de l'obligation telle qu'elle a été contractée[40].

§ 299. EFFETS DE L'INEXÉCUTION NON COUPABLE DE L'OBLIGATION.

D. 18, 6, et C. 4, 48, *de periculo et commodo rei venditae.*

Lorsque l'inexécution de l'obligation n'est pas imputable au débiteur, notamment lorsqu'il y a cas fortuit, le débiteur est libéré; il ne doit pas la valeur de la chose qui faisait l'objet de son obligation. Les risques et périls sont pour le créancier; *res perit creditori*[1]. En effet, à raison de l'accident, l'obligation n'a plus d'objet et personne ne répond du cas fortuit[2]; l'exécution de l'obligation est devenue impossible sans la faute du débiteur et à l'impossible nul n'est tenu[3]. De même si, par suite d'un accident, le débiteur ne peut exécuter qu'en partie son obligation, par exemple livrer seulement une chose diminuée ou détériorée, il est libéré dans les limites de l'impossibilité dans laquelle il se trouve, il n'est tenu que pour le surplus; il peut se borner à livrer une chose diminuée ou détériorée, puisqu'il est dans l'impossibilité de faire autrement[4]. Dans tous les cas, il devra céder au créancier les actions qu'il a acquises relativement à la chose depuis la naissance de l'obligation; telles sont les actions revendicatoire ou Publicienne, les interdits possessoires, les actions naissant du vol, l'action Aquilienne, etc.[5]. Ces règles ne sont vraies que pour les dettes de corps certains; elles sont inapplicables aux dettes de choses fongibles, c'est-à-dire à celles qui ont pour objet, soit une chose déterminée seulement quant à son genre, soit une quantité de choses. Ici c'est le débiteur qui supporte tous les accidents relatifs

tions où il y a un *simplum* certain, la chose due; il veut exclure les dommages et intérêts dus d'une manière principale en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 571, *Anm.* 4, n° II. Contra MOMMSEN, *Beiträge* II, § 21, p. 238.

(40) D'après MOMMSEN, *Beiträge* II, § 21, p. 236-238, si une prestation réciproque est due par le créancier et qu'elle consiste en une somme d'argent, le maximum légal des dommages et intérêts serait le double de cette somme. Il est plus naturel et plus conforme aux termes de la loi de prendre toujours pour base l'obligation elle-même du débiteur. Seulement la prestation réciproque et pécuniaire à faire par le créancier sera un élément d'estimation de l'obligation inexécutée.

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 37; D. 18, 5, *de resc. vendit.*, L. 5 § 2.

(2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 i. f. — (3) D. *eod.*, L. 185.

(4) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3.

(5) I. *eod.*, § 3a. Cf. T. III, § 288, III, 10° initio.

aux choses qu'il se proposait de livrer au créancier, il n'est jamais libéré par le cas fortuit. Si un corps certain peut périr, un genre comme les chevaux ou le froment ne périt point; malgré la perte de certains individus du genre convenu, l'obligation conserve son objet; son exécution n'est pas devenue impossible, dès lors le débiteur reste tenu(6). De là les deux maximes : *debitor speciei interitu rei liberatur**, et *genus aut quantitas nunquam perit**.

Les règles qui viennent d'être exposées, s'appliquent aux conventions unilatérales et aux conventions bilatérales, à celles qui obligent une seule des parties contractantes et à celles qui créent des obligations réciproques pour les deux parties. Dans ces dernières aussi, le cas fortuit libère de l'obligation; il peut même libérer chacun des contractants, puisque chacun est débiteur. Mais dans les conventions bilatérales se présente une grave difficulté. Est-ce que la partie libérée par l'accident conserve son droit à la prestation réciproque de l'autre partie, ou bien celle-ci est-elle également libérée? Le vendeur est libéré par la perte accidentelle de la chose vendue, mais l'acheteur demeure-t-il tenu au payement du prix? Le bailleur est libéré si la chose louée vient à périr accidentellement, mais le preneur doit-il payer le prix de la jouissance? La question n'admet pas de solution absolue. Il y a lieu de distinguer entre les conventions qui ont pour objet un transfert de propriété et celles qui ont pour objet la jouissance d'une chose ou des services. Le type des conventions de la première espèce est la vente, le type des secondes est le louage de choses ou de services. En règle générale, dans les premières la prestation réciproque demeure due, tandis que dans les secondes les deux contractants sont libérés Mais il importe de considérer séparément les principales conventions bilatérales.

I. *De la vente.* La chose vendue et non encore livrée périt par accident; le vendeur est libéré, mais l'acheteur n'en est pas moins tenu de payer le prix. C'est donc l'acheteur qui supporte les risques et périls de la chose vendue; celle-ci venant à périr, il perd à la fois la chose et le prix. Cette règle est fondée en droit et en équité. Le droit du vendeur au prix de vente doit rester le même, soit que la tradition de la chose vendue se fasse immédiatement après la perfection du contrat, soit qu'elle ait été retardée sans qu'on puisse faire aucun reproche au vendeur. Or, dans le premier cas, la perte de la chose n'eût certainement pas privé le vendeur de son droit au prix; il eût rempli son obligation, l'acheteur aurait dû remplir la sienne. Il doit en être de

(6) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 42.

même dans le second cas[7]. La règle énoncée est également équitable. L'acheteur a droit à tous les profits provenant de la chose vendue à partir du jour du contrat; si le fonds vendu peut être diminué par une avulsion, il peut aussi être augmenté par une alluvion, qui constitue un profit pour l'acheteur[8]; si celui-ci supporte le *periculum*, il profite aussi du *commodum*; ses chances de perte sont compensées par des chances de gain[9]. On ne peut objecter

(7) C'est pour un motif analogue que l'acheteur a droit au *commodum;* cf. T. III, § 283, III initio. — (8) T. III, § 288, III.

(9) 1° I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3 " Cum autem emptio et venditio " contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, cum sine " scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, " tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel " aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliquâ ex parte incendio " consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, " sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut " deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non " fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris " accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per " alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum ejus " esse debet, cujus periculum est „.

" Lorsque la vente est conclue (ce que nous avons dit se faire dès qu'on est " convenu du prix, si la vente a lieu sans écrit), le risque de la chose vendue est " immédiatement pour l'acheteur, bien que cette chose ne lui ait pas encore été " livrée. En conséquence, si l'esclave est mort ou a été lésé à une partie quel- " conque du corps, si le bâtiment a été consumé en tout ou en partie par " un incendie, si le fonds a été enlevé en tout ou en partie par la violence " du fleuve ou bien que, par une inondation ou par une tempête qui a renversé " des arbres, il se trouve considérablement diminué ou détérioré, le dommage est " pour l'acheteur, qui, bien qu'il n'ait pas obtenu la chose, doit payer le prix. En " effet, quoi qu'il arrive sans dol ni faute du vendeur, celui-ci peut être tran- " quille. Mais aussi lorsque, après la vente, quelque chose s'est ajouté au fonds " par alluvion, le profit en revient à l'acheteur, car le profit doit être pour celui " qui supporte le risque „.

2° D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 6, Paul, " Si emptio ita facta fuerit: ' est mihi " emptus Stichus aut Pamphilus ', in potestate est venditoris, quem velit dare, " sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est: et ideo " prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si " pariter decesserunt, pretium debebitur: unus enim utique periculo emptoris " vixit. Idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere, " si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset emptum " haberet, non et illud, an emptum haberet „.

" Si une vente a été faite en ces termes 'j'achète Stichus ou Pamphilus', il est " au pouvoir du vendeur de donner celui qu'il veut, comme dans les stipulations. " Si l'un des esclaves est décédé, celui qui reste doit être donné et partant le " risque du premier regarde le vendeur, le risque du second regarde l'acheteur. " Mais alors même que les deux esclaves sont décédés ensemble, le prix sera dû, car l'un au moins vivait au risque de l'acheteur. Il faut encore en dire autant si " l'acheteur pouvait choisir l'un ou l'autre des esclaves, pourvu qu'on lui ait

que le vendeur restant propriétaire de la chose vendue et non encore livrée, c'est pour lui que la chose doit périr en vertu de la règle *res perit domino**. Cette règle est vraie en l'absence d'une obligation, mais d'une vérité triviale; il va de soi que la propriété s'éteint avec la chose sur laquelle elle porte. La règle est fausse en matière d'obligations. Celui qui a promis une chose par stipulation

" seulement permis de décider que celui des esclaves qu'il voudrait serait acheté, " et non pas qu'il y aurait vente ou non „.

Ainsi, lorsque les deux esclaves vendus alternativement périssent, soit l'un après l'autre, soit en même temps, que le choix appartienne au vendeur ou à l'acheteur, le prix de vente doit être payé. Comme il est dit à la fin du passage, il en est autrement si l'acheteur était libre d'acheter ou de ne pas acheter; alors la vente n'est pas parfaite, il y a une simple promesse unilatérale de vendre acceptée par la partie adverse, mais sans aucun engagement de celle-ci, et le risque est pour le promettant; la vente n'ayant plus d'objet ne peut plus se parfaire par le consentement du stipulant.

3° D. 18, 5, *de resc. vendit.*, L. 5 § 2, JULIEN, " Mortuo autem homine perinde " habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et " emptori homo pereat : quare nisi justa conventio intervenerit, actiones ex " empto et vendito manebunt „.

" Mais lorsque l'esclave vendu décède, la vente doit être considérée comme si " l'esclave avait été livré, de telle façon que le vendeur est libéré et que l'esclave " périt pour l'acheteur; c'est pourquoi les actions naissant de la vente demeure- " ront debout, à moins qu'une convention légitime ne soit intervenue „.

D'après Julien, la mort de l'esclave vendu et non encore livré libère le vendeur et la perte est pour l'acheteur. Il veut certainement nous apprendre par là que l'acheteur demeure tenu au payement du prix. En effet il faut, dit Julien, considérer la vente comme si l'esclave avait déjà été livré; or, dans ce dernier cas, pas de doute sur l'obligation de payer le prix. De plus, après avoir dit que le vendeur est libéré, le jurisconsulte ajoute immédiatement que l'esclave périt pour l'acheteur; à moins d'admettre qu'il se répète, il veut dire que l'acheteur reste débiteur du prix. Enfin il décide que les actions naissant de la vente persistent; il doit avoir principalement en vue l'*actio vendili* en payement du prix, car l'*actio empti* en livraison de la chose est éteinte. La *legitima conventio* dont parle Julien est une acceptilation ou bien la stipulation Aquilienne; POTHIER, *Pand. Justin.*, 18, 5, n° 7, note *b*. Cf. T. IV, § 509.

4° D. *h. t.*, L. 8 pr. initio « Necessario sciendum est, quando perfecta sit « emptio : tunc enim sciemus, cujus periculum sit : nam perfecta emptione peri- « culum ad emptorem respiciet ».

5° C. *h. t.*, L. 4 « Cum inter emptorem et venditorem contractu sine scriptis « inito de pretio convenit moraque venditoris in traditione non intercessit, peri- « culo emptoris rem distractam esse in dubium non venit ».

6° C. *h. t.*, L. 6 « Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine « mora venditoris dilatam non ad venditorem, sed ad emptorem pertinet, et hac « non ex praeterito vitio rebus humanis exempta solutionem emptor pretii non « recte recusat ».

Les trois derniers textes mettent encore les risques et périls de la chose vendue à la charge de l'acheteur; le troisième a soin d'ajouter expressément qu'il faut entendre par là que l'acheteur est tenu de payer le prix.

en conserve la propriété et cependant il est libéré par la perte accidentelle de la chose due; celle-ci périt pour le stipulant, c'est-à-dire pour le non-propriétaire(10). Celui qui reçoit de bonne foi une chose indue en acquiert la propriété; lui également est libéré par le cas fortuit, qui retombe sur le payant, donc sur le non-propriétaire(11). On objecte encore que si la chose vendue n'est pas livrée, l'obligation de payer le prix manque de cause; la cause ou le motif juridique de cette obligation, ce n'est pas la tradition de la chose vendue, c'est la promesse faite par le vendeur de la livrer et cette cause subsiste après la perte de la chose vendue(12). L'acheteur à qui le vendeur réclame le prix, ne peut pas davantage lui opposer l'*exceptio doli vel non adimpleti contractus**; le vendeur étant libéré de son obligation par la perte accidentelle de la chose vendue, ne commet aucun dol et ne manque pas au contrat de vente en poursuivant le payement du prix(13).

(10) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 37. — (11) Arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 3 i. f.

(12) Cf. T. III, § 385.

(13) *Non obstant* : 1° D. *h. t.*, L. 13 (12), Paul, « Lectos emptos aedilis, cum in « via publica positi essent, concidit : si traditi essent emptori aut per eum « stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet », L. 14 (13), Julien, « eumque cum aedili, si id non jure fecisset, habiturum actionem legis « Aquiliae : aut certe cum venditore ex empto agendum esse ut is actiones suas, « quas cum aedile habuisset, ei praestaret », Paul, L. 15 (14) pr. « Quod si neque « traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris « periculum erit » § 1 « Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, « emptoris periculum esse respondit, si minus, venditoris : videri autem trabes « traditas, quas emptor signasset ».

« Un édile brisa des lits achetés, parce qu'ils étaient placés sur la voie publique. « S'ils avaient été livrés à l'acheteur ou bien si celui-ci était en demeure de les « recevoir, il est admis que le risque est pour lui et qu'il aura l'action de la loi « *Aquilia* contre l'édile dans le cas où celui-ci a agi injustement, ou du moins il « poursuivra le vendeur en vertu de la vente pour qu'il lui cède les actions qui « lui compètent contre l'édile. Mais si les lits n'avaient pas été livrés et que « l'acheteur ne fût pas non plus en demeure de les recevoir, le risque sera pour le « vendeur. Si du bois de construction acheté a été perdu par suite d'un vol, « après avoir été livré, il (Paul) a répondu que l'acheteur supporte le risque, et « dans le cas contraire le vendeur; qu'au reste les poutres cachetées par l'ache- « teur, sont réputées livrées ».

Quelqu'un achète des lits; ceux-ci ayant été placés sur la voie publique, un édile municipal, c'est-à-dire un édile chargé de la police des chemins publics (D. 43, 10, *de via publ.*, L. un.), les fait briser. Question de savoir qui supportera cette perte. Paul distingue. Si, dit-il, les lits ont été livrés à l'acheteur ou que celui-ci soit en demeure de les recevoir, c'est lui qui supportera le risque, dans le premier cas, parce que le vendeur a satisfait à son obligation, dans le second, parce que, ayant fait en vain à l'acheteur l'offre de livrer les lits, il avait le droit de les abandonner; cf. T. III, § 293, II, 4°.

Mais *quid*, dit Julien dans la loi 14, si l'édile a fait briser injustement les lits? Dans le cas d'une tradition déjà effectuée, l'acheteur étant devenu propriétaire

La règle sur les risques et périls en matière de vente admet des modifications dans la vente conditionnelle et dans la vente de choses fongibles.

des lits, aura personnellement l'action Aquilienne contre l'édile. Dans le cas d'une simple demeure de l'acheteur, l'action Aquilienne sera acquise au vendeur; car celui-ci est resté propriétaire, l'abandon lui a fait seulement perdre la possession, qui devient *vacua*; mais il doit céder l'action à l'acheteur.

Si au contraire il n'y avait eu ni tradition des lits, ni demeure de l'acheteur, c'est le vendeur qui supportera la perte (L. 15 pr.). Pourquoi? A raison du caractère accidentel de la perte? Nullement; le vendeur qui avait laissé les lits sur la voie publique, était manifestement en faute; c'est de cette faute que Paul le rend responsable. De même le vendeur se rend coupable de faute s'il laisse voler le bois vendu, alors qu'il n'était pas encore livré et que l'acheteur n'était pas non plus en demeure de le recevoir (L. 15 § 1); en général on peut prévenir le vol en gardant la chose avec les soins d'un bon père de famille.

Voyez en ce sens Molitor, cité, I, n° 425 i. f., Maynz, II, § 210, note 8, et Bertolini, cité, fasc. 5, n° 293, p. 517, note 2. — Cf. Vangerow, III, § 591, *Anm.*, n° IV, 1°.

2° D. 19, 2, *loc.*, L. 33, Africain, « Nam et si vendideris mihi fundum isque « priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto : quod hacte- « nus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris « mea intersit eum vacuum mihi tradi.. ».

« En effet, si vous m'avez vendu un fonds de terre et que celui-ci ait été con- « fisqué avant que vous m'en ayez transféré la libre possession, vous serez tenu « en vertu de la vente, du moins en ce sens que vous devrez me restituer le prix, « et non en ce sens que vous devriez aussi me prester l'intérêt plus élevé que « j'avais au transfert de la libre possession du fonds ».

Voici l'explication de cette loi fameuse d'Africain.

Le propriétaire d'un fonds avait commis un crime puni de la confiscation des biens. Avant que la confiscation fût prononcée, un tiers qui se croyait propriétaire ou qui ignorait le crime du propriétaire, avait vendu l'immeuble et reçu le prix de vente. Avant la livraison du fonds, la confiscation survint. Africain décide que l'acheteur a droit à la restitution du prix, mais non à des dommages et intérêts. Le jurisconsulte considère le crime du propriétaire comme un vice de la chose; c'est même un vice qui empêche d'avoir la chose, il en détruit toute l'utilité. Le vendeur était certes excusable d'avoir ignoré un pareil défaut, il ne devait pas le prévoir; c'est pourquoi il n'est pas tenu à des dommages et intérêts. Mais comme le vice rend le fonds complètement inutile, l'acheteur peut, déjà en vertu du droit civil, poursuivre la rescision du contrat ainsi que la restitution du prix, car il n'eût pas contracté s'il avait connu l'existence du vice. Nous rencontrons dans nos sources une disposition tout à fait analogue. Quelqu'un vend de bonne foi un esclave fuyard, un *servus fugitivus*. Voilà encore un vice qui ne permet guère d'avoir la chose, qui en détruit presque toute l'utilité. Ulpien décide que l'acheteur d'un tel esclave a droit sinon à des dommages et intérêts, au moins à une réduction du prix proportionnée à l'importance du vice (D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 1); le prix devra même être intégralement restitué si l'acheteur connaissant le défaut n'eût pas contracté; cf. T. III, § 390, I, A, 2°. Il est vrai qu'Africain semble considérer la confiscation du fonds vendu comme équivalant à sa perte accidentelle; car en parlant, au commencement de la loi 33, de la confiscation d'un fonds donné en bail, il la compare à un mouve-

A) *De la vente conditionnelle.* 1° La question des risques et périls dans une vente faite sous condition *suspensive* doit être résolue par une distinction. Si toute la chose a péri pendant que la condition était en suspens, la perte retombe sur le vendeur, bien que la condition s'accomplisse plus tard et nonobstant la rétroactivité de la condition accomplie. En effet, dès l'instant de la perte totale, la vente conditionnelle est infirmée faute d'objet; la condition ne peut plus s'accomplir utilement et encore moins rétroagir. Par contre, si la chose vendue conditionnellement n'a péri qu'en partie ou bien a subi de simples détériorations, ces accidents doivent être supportés par l'acheteur, en vertu de l'effet rétroactif de la condition. Ici la vente continue d'avoir un objet, la condition peut s'accomplir utilement et elle rétroagit jusqu'au jour du contrat, c'est-à-dire que la vente est réputée avoir été conclue d'une manière pure et simple; or, dans la vente pure et simple, le risque est pour l'acheteur(14). On a l'habitude de résumer ces règles en disant que le vendeur supporte le *periculum interitus** et l'acheteur le

ment du sol qui aurait détruit une maison dont la construction faisait l'objet d'une entreprise (quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset). Mais il y a ici de la part du jurisconsulte une simple comparaison entre la confiscation d'une chose et sa perte matérielle; cette comparaison n'est pas une assimilation et elle ne pouvait avoir ce caractère, car le fonds confisqué n'est point un fonds perdu. On ne peut donc étendre la loi à la perte accidentelle de la chose vendue.

Voyez sur cette loi Molitor, cité, I, n° 425, Mommsen, *Beiträge* I, § 28, p. 334-336, Vangerow, III, § 591, *Anm.*, n° IV, 1°, et Maynz, II, § 210, note 8.

Cujas (*ad Africanum tractatus* VIII, *ad* L. 33 *loc.*, et *Observationes* XXIII, 29, *Opera omnia*, T. IV, col. 342-348, et T. I, col. 1064, éd. de Prato) avait commencé par soutenir que la perte accidentelle de la chose vendue libérait aussi l'acheteur de l'obligation de payer le prix. Mais il revint plus tard sur cette opinion; *Comment. in lib.* XXXIII *Pauli ad Edictum, ad* L. 8 *de peric. et comm. rei vend.*, *Paratitla in lib. IV* C. *ad tit.* 48, et *Recit. in lib. IV* C., *ad tit.* 48, *Opera omnia*, T. V, col. 826-828, T. VIII, col. 875-877, et T. IX, col. 566-568.

(14) D. *h. t.*, L. 8 pr. i. f., Paul. « Quod si pendente condicione res tradita sit, « emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum « est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes « et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta « fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum « emptoris ».

« Si la chose a été livrée pendant que la condition était en suspens, l'acheteur « ne pourra pas l'usucaper comme acheteur. Si la chose a péri, la condition « étant encore en suspens, ce qui aura été payé sur le prix sera sujet à répétition « et les fruits de l'époque intermédiaire appartiennent au vendeur (de même que « les stipulations et les legs conditionnels s'éteignent). Mais si la chose existe « encore, bien que détériorée, on peut dire que le dommage est pour l'acheteur ».

Paul distingue comme nous l'avons fait ci-dessus; la détérioration de la chose vendue conditionnellement est pour l'acheteur; mais s'il y a eu perte totale, la

*periculum deteriorationis**; on comprend sous ce dernier la perte partielle.

2° On suit les mêmes règles dans la vente faite sous condition *résolutoire, mutatis mutandis*. Les rôles des parties sont intervertis, l'acheteur est devenu débiteur de restitution sous condition suspensive, et le vendeur est le créancier conditionnel. La perte totale sera donc supportée par l'acheteur malgré la réalisation subséquente de la condition, l'acheteur perdra la chose et le prix; la convention relative à la restitution de la chose n'a plus d'objet. Mais la perte partielle et la détérioration seront pour le vendeur, si la condition s'accomplit; le vendeur ne recevra qu'une chose réduite ou détériorée et il devra néanmoins restituer la totalité du prix. C'est que la condition accomplie rétroagit jusqu'au jour de la vente; la convention relative à la restitution de la chose est réputée avoir été conclue d'une manière pure et simple.

3° Lorsque les parties sont convenues que le prix de vente serait fixé par un tiers, la vente est faite sous condition suspensive; elle est conclue sous la condition ' si le tiers fixe le prix '(15). De même, la vente faite à l'essai ou moyennant dégustation est conditionnelle et la condition est généralement suspensive; la vente est conclue sous la condition ' si l'acheteur agrée la chose après l'avoir essayée ou dégustée '(16). Mais dans les deux cas, par dérogation à la règle générale suivie dans la vente conditionnelle, tous les risques, même celui de la perte partielle ou de la détérioration, sont supportés par le vendeur. En effet, si la fixation du prix a été abandonnée à un arbitre, celui-ci prendra naturellement pour base de son estimation la valeur de la chose au moment où il est appelé à l'estimer; il tiendra compte de la perte partielle et de la détérioration. Si la vente a été faite à l'essai ou moyennant dégustation, l'acheteur refusera d'agréer la chose réduite ou détériorée;

vente est réputée non avenue, comme les stipulations ou les legs conditionnels, et le vendeur doit restituer ce qu'il a touché sur le prix.

Nous avons suivi la leçon florentine, qui est adoptée par les frères Kriegel et par Mommsen; elle donne un sens très acceptable. La Vulgate porte ce qui suit après les mots « venditoris sunt » : « *Plane si pendente condicione res interierit, pere-* « *mitur emptio*, sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur, si pen- « dente condicione res exstincta fuerit : sane si..... ». Cette leçon présente l'inconvénient de placer dans une première phrase les mots « et quod pretii « solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt » et de rejeter dans une seconde proposition les mots « si pendente condicione res exstincta « fuerit ». Il en résulte que les premiers mots deviennent inintelligibles, on se demande vainement à quoi ils se rapportent.

Cf. VANGEROW, III, § 591, *Anm.*, n° V, et MAYNZ, II, § 205, note 31.

(15) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 1. Cf. T. III, § 372.

(16) Cf. T. IV, § 398*b*, I, B et C.

son refus fera défaillir la condition apposée à la vente et partant la vente elle-même, ce qui rejettera nécessairement le risque sur le vendeur (17).

B) *De la vente de choses fongibles*. Au point de vue des risques et périls, la vente de choses fongibles se présente sous cinq formes différentes.

1° On peut vendre une certaine quantité de choses de telle espèce et qualité, sans autre désignation, par exemple 100 mesures de froment ou de vin. C'est là une vente ordinaire de choses fongibles, où le vendeur supporte tous les risques (18).

2° En sens contraire, on peut vendre une masse entière de choses fongibles pour un prix unique, comme disent nos sources *per aversionem* (en bloc). Tel est le cas où je vends tout le froment que renferme mon grenier, tout le vin qui se trouve dans ma cave, pour 1000 as. Pareille vente porte sur un corps certain, au même titre que celle d'un cheval déterminé, et, conformément au principe général, tout le risque est pour l'acheteur (19).

3° On peut vendre une masse entière de choses fongibles à tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure, par exemple tout le grain que j'ai dans mon grenier, tout le vin de ma cave à 100 as la mesure. Ici une distinction est nécessaire. Les risques de la perte

(17) D. *h. t.*, L. 1 pr., vis Sed si venditor..... usque ad degustationem sustinebit. Cf. T. IV, § 398b, I, D. — (18) *Vatic. fragm.* 16 i. f.

(19) 1° Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 5, Gaius, " In his quae pondere " numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea ser- " vantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta " venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur " perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint. Nam si omne " vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quantumcumque esset uno " pretio venierit, idem juris est quod in ceteris rebus.. ".

" En ce qui concerne les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, " telles que le froment, le vin, l'huile, l'argent, tantôt on observe les mêmes " règles que pour les autres choses, c'est-à-dire que la vente est considérée comme " parfaite dès qu'on est convenu du prix, tantôt on admet que, bien qu'on soit " d'accord sur le prix, la vente est seulement réputée parfaite si les choses ont été " mesurées, pesées ou comptées. En effet, si on a vendu pour un seul prix tout " le vin, l'huile, le froment ou l'argent, quelle qu'en soit la quantité, la règle " de droit est la même que pour les autres choses ".

Gaius s'occupe de la perfection de la vente au point de vue des risques et périls; cf. D. *h. t.*, L. 8 pr. initio. Si on a vendu tout le vin, l'huile, le froment ou l'argent pour un prix global, il déclare la vente parfaite dès qu'on est convenu du prix; cela veut dire qu'à partir de ce moment les marchandises vendues sont au risque de l'acheteur.

2° C. *h. t.*, L. 2 § 1, Alexandre Sévère, " Cum autem universum quod in hor- " reis erat postea venisse sine mensura et claves emptoribus traditas adlegas, " perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emptorem pertinet ".

totale ou partielle des marchandises sont pour le vendeur[20]; ceux de la détérioration sont pour l'acheteur[21]. Ces règles sont des conséquences logiques du contrat. Aux termes de celui-ci, l'acheteur ne doit payer que les unités qui lui seront comptées, pesées ou mesurées, mais aussi il doit payer toutes ces unités. Il s'ensuit que si une partie des marchandises a péri, comme cette partie ne sera pas comprise dans le compte, la pesée ou le mesurage, le vendeur n'en touchera pas le prix; la perte partielle des marchandises retombera donc sur lui. Pour le même motif il supportera la perte totale. Mais les risques de la détérioration seront pour l'acheteur, car la détérioration est sans influence sur le compte, la pesée ou le mesurage et l'acheteur doit payer tout ce qui lui est compté, pesé ou mesuré[22].

(20) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 5 i. f. et 6. — (21) Arg. L. 35 § 5 i. f. cit.

(22) Gaius, L. 35 cit. § 5 « Quod si vinum ita venierit, ut in singulas « amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos « modios, item argentum ut in singulas libras certum pretium diceretur, quae- « ritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de « his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. « Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum admunerata « admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub condicione videtur fieri, ut « in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in « singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae admuneraveris » § 6 « Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta « videtur, postquam de pretio convenerit : si vero in singula corpora certo « pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus „.

« Mais si l'on a vendu du vin, de l'huile, du froment, de l'argent, de telle « sorte qu'un prix déterminé a été fixé pour chaque bouteille, fût, boisseau, « livre, on demande quand la vente doit être considérée comme parfaite. La « même question se pose en ce qui concerne les choses qui se comptent, si le « prix a été fixé d'après le nombre des individus. Sabinus et Cassius pensent « que la vente se parfait au moment où les choses sont comptées, mesurées ou « pesées, parce que la vente est censée faite sous cette condition que le prix « serait fixé pour chaque fût ou boisseau qui serait mesuré, pour chaque livre « qui serait pesée, ou pour chaque individu qui serait compté „.

« Donc aussi, lorsqu'un troupeau a été vendu, s'il l'a été globalement pour un « prix unique, la vente est réputée parfaite après qu'on est convenu du prix; « mais si chaque tête a été vendue pour un prix déterminé, l'espèce sera le « même que celle que nous avons traitée en dernier lieu „.

Ainsi, d'après Gaius, lorsque les choses fongibles ont été vendues à tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure, la vente est seulement parfaite, au point de vue des risques et périls, si les choses ont été comptées, pesées ou mesurées (cf. D. *h. t.*, L. 8 pr. initio); en d'autres termes, le vendeur supporte le risque jusqu'au moment du compte, de la pesée ou du mesurage. Malgré cette décision générale, il faut admettre que l'acheteur supporte au moins la détérioration des choses vendues. Cela résulte du motif sur lequel se fonde Gaius : le prix, dit-il, est censé fixé pour chaque unité qui sera comptée, pesée ou mesurée « quia venditio quasi sub condicione videtur fieri, ut in singulos metretas, etc. »

4° On peut encore vendre une certaine quantité de choses fongibles à prendre dans une masse déterminée, pour un prix fixé à tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure, par exemple 100 mesures du froment qui se trouve dans mon grenier à 100 as la mesure, ou bien 10 mesures du vin que j'ai dans ma cave à 100 as la mesure. En ce qui concerne les risques et périls, cette vente est généralement soumise aux mêmes règles que la précédente; les motifs sont aussi les mêmes[23]. Il faut en excepter le cas où une partie seulement de la masse subit des détériorations. Alors l'acheteur peut exiger avant tout la partie de la masse demeurée intacte, ce n'est que pour autant que cette partie serait insuffisante qu'il est

(L. 35 § 5 i. f.); or la détérioration est sans influence sur le compte, la pesée, le mesurage.

Cf. encore D. *h. t.*, L. 11 " *In libro VII digestorum* JULIANI SCÆVOLA *notat* : « Fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inun- « datione aquarum aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit ».

« L'acheteur ne peut pas agir à raison du fonds, lorsque, avant le mesurage, « une partie du fonds a péri par une inondation, un tremblement de terre ou « quelque autre accident ».

Cette loi est étrangère à notre question. Un fonds de terre avait été vendu à tant la mesure et avait péri partiellement avant le mesurage. Scaevola décide que cette perte n'autorise pas l'acheteur à agir en dommages et intérêts. Devra-t-il payer les arpents qu'il n'obtient pas? Le jurisconsulte ne s'occupe pas de ce point. Mais, dans le passage expliqué ci-dessus, Gaius d'accord avec les principes répond que non. FEUST et SINTENIS, traduction allemande du *Corpus juris, ad h. l.* — VANGEROW, III, § 635, *Anm.*, n° I, 1° i. f.

On nous oppose le D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 7, le D. *h. t.*, L. 5, et le C. *h. t.*, L. 2 pr. Mais ces textes ont en vue, non pas la vente à tant la mesure d'une masse entière de choses fongibles, mais la vente à tant la mesure d'une certaine quantité de choses fongibles à prendre dans une masse déterminée. Le Digeste 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 7, v^is^ ex doleario pars vini, et le D. *h. t.*, L. 5, v^is^ amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, sont aussi précis que possible. Le Code *h. t.*, L. 2 pr., l'est moins (v^is^ singulae amphorae vini certo pretio), mais il faut l'appliquer à la même espèce. Cela résulte de la combinaison du *principium* avec le § 1 de la loi 2 (v^is^ Cum autem *universum* quod in horreis erat postea venisse sine mensura... adlegas); cette antithèse prouve que le *principium* de la loi 2 vise la vente d'un certain nombre de bouteilles à prendre dans le vin que renfermait le grenier du vendeur. Bien que ces textes ne s'occupent pas de la vente à tant la mesure d'une masse entière de choses fongibles, on pourrait cependant les invoquer ici par analogie. Mais, même pour la vente à tant la mesure d'une certaine quantité de choses fongibles à prendre dans une masse déterminée, il y a lieu de refuser aux lois précitées la portée qu'on leur attribue; cf. la note 24 du présent paragraphe.

Voyez en notre sens MOMMSEN, *Beiträge* I, § 28, p. 338-339, et WINDSCHEID, II, § 390, 1, c. VANGEROW, III, § 635, *Anm.*, n° I, p. 432-433, et MAYNZ, II, § 210, note 12, mettent à la charge du vendeur tous les risques, y compris celui de la simple détérioration. Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 454, n° III, 2°, et MOLITOR, cité, I, n°s 282, 2° et i. f., et 427 initio.

(23) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 5 i. f. et 6.

forcé d'accepter des marchandises détériorées. En effet, le vendeur n'a le droit de forcer l'acheteur à supporter la détérioration que s'il lui est impossible de fournir des marchandises intactes; or cette impossibilité n'existe point pour la partie de la masse restée intacte. En résumé, la perte totale ou partielle retombera toujours sur le vendeur. Celui-ci supportera encore la détérioration des marchandises, s'il lui reste une quantité intacte supérieure ou égale à la quantité vendue. Si la quantité intacte est inférieure à la quantité vendue, l'acheteur supportera la détérioration pour la différence entre les deux quantités ; si la détérioration a affecté toute la masse, elle retombera pleinement sur l'acheteur(24).

5° On peut vendre une certaine quantité de choses fongibles à prendre dans une masse déterminée, mais en faisant la vente pour un prix unique. Je vends 100 mesures du froment que j'ai dans mon grenier, pour la somme de 10000 as; je vends 10 mesures du vin de ma cave, pour 1000 as. En réalité cette vente ne diffère pas de la précédente ; les parties ont voulu contracter au nombre, au poids ou à la mesure. Sans doute elles ont fixé un prix global, 10000 ou 1000 as, mais en vue d'une quantité déterminée de choses, en vue de 100 mesures de froment ou de 10 mesures de vin ; c'est comme si la vente avait été faite à raison de 100 as la mesure de froment ou de vin. Dès lors la question des risques et périls doit se résoudre de la même manière(25).

(24) L'opinion commune se prononce en sens contraire; elle met à la charge du vendeur un risque quelconque, même celui de la détérioration. On invoque le D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 7, le D. *h. t.*, L. 5, et le C. *h. t.*, L. 2 pr.

Les deux premiers passages (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 7; D. *h. t.*, L. 5) mettent à la charge du vendeur " omne periculum ". Mais, malgré la généralité de ces mots, le jurisconsulte a exclusivement en vue une perte totale ou partielle des marchandises. D'abord c'est ce risque qui attire principalement l'attention; arg. D. *h. t.*, L. 8 pr. Ensuite, la loi 35 § 7 cit. est une application du principe posé dans la loi 35 § 5 i. f., que le prix est fixé pour chaque unité qui sera comptée, pesée ou mesurée (quia venditio quasi sub condicione videtur fieri, ut in singulos metretas, etc.); s'il en est ainsi, l'acheteur doit le prix convenu pour toutes les unités qui lui sont comptées, pesées ou mesurées, peu importe qu'il y ait détérioration.

La troisième loi (C. *h. t.*, L. 2 pr.) fait supporter par le vendeur le risque du vin qui a tourné (periculum vini mutati). On peut restreindre cette décision à une détérioration partielle de la masse de vin, d'autant plus qu'il arrivera assez rarement que tout le vin du vendeur aura tourné.

Ces interprétations étant possibles, c'est à elles qu'il convient de s'arrêter, parce qu'elles sont seules satisfaisantes au point de vue des principes généraux.

En ce sens Mommsen, *Beiträge* I, § 28, p. 340-342, et, apparemment aussi, Windscheid, II, § 390, 1, c. Contra Vangerow, III, § 635, *Anm.*, n° I, p. 432-433, et Maynz, II, § 210, note 12. Cf. Unterholzner, cité, II, § 454, n° III, 2

(25) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 7 i. f.

II *Du louage.* A) La chose louée périt accidentellement après la conclusion du bail. Le bailleur est libéré de son obligation de faire jouir le preneur; mais celui-ci ne doit le prix convenu que pour la durée de la jouissance, il est libéré pour la période postérieure à la perte[26]. Quelle est la raison de ce principe tout différent de celui qui est suivi en matière de vente? L'obligation du bailleur, à la différence de celle du vendeur, a pour objet une chose future, la prestation de la jouissance *pendant la durée du bail*; or le prix d'une chose future n'est dû que si cette chose arrive à l'existence et dans les limites dans lesquelles elle arrive à l'existence; c'est ce qui est admis même dans la vente de choses futures (*emptio rei speratae**)[27]. De là la conséquence que si la chose louée vient à périr, le preneur ne saurait être contraint de payer le prix pour la période postérieure à la perte; en un mot, le contrat est dissous. De même, si la chose louée a péri en partie ou bien a subi des détériorations, le preneur a droit pour l'avenir à une réduction proportionnelle du prix[28]. Il y a plus : si, à cause de la perte partielle ou de la détérioration, la chose ne peut plus servir à l'usage auquel elle était destinée, le preneur a l'option entre une réduction du prix et la résiliation du bail; il peut considérer le contrat comme n'ayant plus d'objet[29]. Une application spéciale du même principe a été faite au bail à ferme, dans le cas d'une récolte manquée. Le fermier peut, du chef de récolte manquée, réclamer une réduction proportionnelle du fermage de la mauvaise année, par exemple une réduction de la moitié s'il n'a fait qu'une demi-récolte moyenne[30] et, par voie de conséquence, la remise complète du fermage si la récolte a été nulle. Il faut à cet effet le concours des conventions suivantes :

1° La perte de la récolte doit être due à un événement non seulement accidentel, mais de plus imprévu lors du bail. Le fermier supporte la perte produite par un accident qu'il a prévu ou dû prévoir; dans l'espèce, il ne peut se plaindre de la perte qui le

(26) D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 6 initio, L. 30 § 1, L. 33, L. 34. Si quelqu'un vend successivement la même chose à deux personnes et que la chose vendue et non encore livrée périsse par accident :

1° le vendeur est libéré vis-à-vis des deux acheteurs; D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 21, v^is^ nam si eundem hominem,..... non actionem.

2° Il peut demander le payement du prix à l'un ou à l'autre acheteur, mais non aux deux acheteurs; la chose ayant péri pour l'un des acheteurs qui a payé le prix, ne peut plus périr pour l'autre. Cf. IHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrb. f. die Dogmatik* I, p. 291-326.

(27) Cf. T. IV, § 397, II, B, 1° i. f. Voyez sur cette question MOLITOR, cité, I, n° 283, MOMMSEN, *Beiträge* I, § 29, p. 345-352, et IHERING, loc. cit., p. 303-306.

(28) D. 19, 2, *loc.*, L. 25 § 2. — (29) L. 25 § 2 initio cit.

(30) D. 19, 2, *loc.*, L. 15 § 7.

frappe; il l'a prise ou bien a dû la prendre en considération lors de la fixation du prix. Si donc la perte est due à des intempéries telles que la gelée, la pluie ou la sécheresse, le fermier n'a droit à une réduction du fermage que si les intempéries ont été insolites, si elles ont été en dehors du cours ordinaire des saisons[31]. Le fermage doit toujours être réduit si la récolte a péri à la suite d'une invasion de l'ennemi[32] ou bien d'un incendie accidentel[33].

2° Une partie considérable de la récolte doit avoir péri. On n'a pas égard à des pertes légères; il n'y a pas lieu de changer un contrat pour un intérêt minime[34]. Quant à la quote-part de la récolte qui doit avoir péri, le droit romain s'en réfère à l'appréciation du juge.

3° La perte doit être antérieure à la perception des fruits. Si elle survient après cette perception, par exemple après que le blé a été coupé, bien qu'il se trouve encore sur le champ, le bailleur a satisfait à son obligation de faire jouir le fermier et partant ce dernier doit remplir la sienne, payer le prix convenu.

4° Il faut que le fermier ne soit pas déjà indemnisé par de bonnes récoltes antérieures, sinon il n'a subi aucune perte à l'occasion du bail[35]. En outre le fermage d'abord remis à raison d'une mauvaise année peut être réclamé plus tard si la perte est réparée par une année d'abondance[36]. En résumé, le bailleur est admis à compenser le déficit de la mauvaise année par l'excédent des bonnes années, antérieures ou postérieures.

5° Il faut que le prix du bail consiste en une somme d'argent ou bien en une quantité déterminée de fruits[37]. Le colon partiaire, c'est-à-dire le fermier qui paye à titre de fermage une quote-part de la récolte de chaque année, la moitié, un tiers, un quart, etc., ne peut jamais réclamer une réduction de cette quote-part pour récolte manquée. Si l'année est mauvaise, il obtient, déjà par l'effet naturel du contrat, une réduction proportionnelle du fermage; il ne paye que la moitié, le tiers, le quart de ce qu'il paye pour une année ordinaire. Une ferme rapportant en moyenne 200 mesures de blé est louée moyennant partage égal de la récolte entre le bailleur et le fermier; si la récolte s'élève à 200 mesures, le fermier en payera 100; mais si la récolte ne donne que 100 mesures, il ne devra en payer que 50 et il ne devra rien dans le cas d'une perte totale de la récolte[38].

(31) D. *eod.*, L. 15 § 2; cf. C. 4, 65, *de loc.*, L. 8. — (32) D. 19, 2, *loc.*, L. 15 § 2 i. f.
(33) D. *eod.*, L. 15 § 3, cf. § 5. — (34) D. *eod.*, L. 25 § 6 initio.
(35) D. *eod.*, L. 15 § 4 i. f.; C. 4, 65, *de loc.*, L. 8; cf. D. 19, 2, *loc.*, L. 15 § 4 i. f.
(36) D. *eod.*, L. 15 § 4 initio. — (37) C. 4, 65, *de loc.*, L. 8.
(38) D. 19. 2, *loc.*, L. 25 § 6 i. f.

B) On suit la même règle dans le louage de services, que ce contrat ait pour objet des services en général (*locatio conductio operarum*) ou bien un ouvrage déterminé (*locatio conductio operis*). Si, par suite d'un accident, le travail promis n'est pas fourni ou n'est fourni que d'une manière partielle, l'ouvrier ou l'entrepreneur est libéré dans les limites de l'impossibilité qui s'est produite, mais il n'a pas droit au prix convenu ou du moins ne peut le réclamer que pour autant qu'il ait satisfait à son obligation. Ainsi l'ouvrier est empêché par une maladie de prester ses services en tout ou en partie; il sera libéré pour la durée de sa maladie, mais il ne pourra exiger le salaire correspondant à cette période. Le navire par lequel devait se faire un transport de marchandises, périt accidentellement; le voiturier sera libéré, mais le prix du transport ne sera pas dû, pas même en partie; l'obligation de transporter des marchandises est indivisible, elle n'est remplie en aucune façon aussi longtemps qu'elle n'est pas complètement remplie. Ou bien quelqu'un s'est engagé à construire une maison; il se met à l'œuvre, mais la bâtisse encore inachevée est détruite par un incendie, une inondation ou un tremblement de terre; l'entrepreneur devra en construire une autre, si la chose est possible[38a] et, dans le cas contraire, il sera libéré; du chef du travail déjà fourni, il n'aura droit à aucune partie du prix convenu, parce que son obligation est indivisible. L'obligation de l'ouvrier ou de l'entrepreneur a pour objet la prestation d'un travail *pendant la durée du louage*, donc une chose future; le prix d'une pareille chose n'est dû qu'en tant que cette chose arrive à l'existence et dans les limites dans lesquelles elle y arrive[39]. Mais,

(38a) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 15.

(39) 1° D. 19, 2, *loc.*, L. 15 § 6, Ulpien, « Item cum quidam nave amissa « vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino « Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum « munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter obser- « vandum est ».

« De même, comme quelqu'un voulait retenir, après la perte de son navire, le « prix du transport qu'il avait reçu à titre de prêt, il fut répondu par un rescrit de « l'empereur Caracalla que le *procurator Caesaris* répétait à juste titre le prix du « transport, puisque le batelier n'avait pas rempli son obligation relative au « transport; la même règle doit être suivie à l'égard de toutes autres personnes ».

Un *procurator Caesaris* (magistrat investi d'une compétence fiscale dans les provinces) avait chargé un batelier du transport soit de sa personne, soit d'objets à lui appartenant. Il avait payé par anticipation le prix, pour que le batelier le gardât provisoirement comme argent prêté; le prix étant dû seulement après que le transport a été effectué, constitue naturellement, jusqu'à ce moment, de l'argent prêté. Le navire vint à périr et sa perte rendit le transport impossible. Ulpien décide que le prix doit être restitué et il ajoute que cette règle s'applique

si elle arrive à l'existence par la prestation du travail, le prix est acquis à l'ouvrier ou à l'entrepreneur et il reste dû malgré la perte subséquente de l'ouvrage. La maison à construire par l'entrepreneur est achevée; un incendie, une inondation ou un tremblement de terre la détruit; le prix de l'entreprise est dû(40). De même, en cas d'exé-

à des personnes quelconques. MOMMSEN, *Beiträge* I, § 31, p. 383. — VANGEROW, III, § 591, *Anm.*, nº VII initio, p. 214-215. — Contra MAYNZ, II § 218, note 15 i. f.

2º D. 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, L. 10 pr. LABEO *libro primo pithanon a Paulo epitomatorum* « Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave « mortuum est, vectura tibi non debetur. PAULUS : immo quaeritur, quid actum « est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces « daretur : quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit « impositum esse mancipium ».

" Si vous vous êtes chargé de transporter des esclaves par eau, le prix du " transport ne vous est pas dû pour un esclave qui est décédé sur le navire. " PAUL : il faut plutôt se demander ce qui a été convenu, si le prix devait être " donné pour les esclaves qui auraient été embarqués ou pour ceux qui aurient " été débarqués; si ce point ne peut être éclairci, il suffit que le batelier prouve " que l'esclave a été embarqué ".

En vertu de cette loi, le prix convenu pour un transport d'esclaves à faire par eau *jusqu'à un endroit déterminé* est seulement dû pour autant que ce transport ait été effectué; si un esclave décède en route, le fret n'est pas dû pour celui-là. Mais, remarque Paul, si le fret a été convenu par esclave *embarqué* sur le navire, il est dû pour tous les esclaves embarqués, même pour ceux qui décèdent en route. Les termes du contrat justifient pleinement ces décisions.

3º De même, d'après le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 15, si une maison dont la construction est commencée, périt accidentellement, l'entrepreneur doit recommencer la bâtisse.

Ces textes sont relatifs au louage qui a pour objet un ouvrage déterminé. Il faut les étendre par analogie au louage de services en général.

Non obstat D. 19, 2, *loc.*, L. 61 § 1. Quelqu'un avait pris un navire en location pour transporter des marchandises de la province de Cyrène à Aquilée. Ce contrat constitue moins une *locatio operis* qu'une *locatio navis* en vue d'un transport déterminé. Le navire loué fut livré au preneur, mais, après qu'il eut été retenu neuf mois dans la province de Cyrène, le chargement fut confisqué. Scaevola décide que le prix convenu doit être payé, et avec raison; le bailleur ayant mis son navire pendant neuf mois à la disposition du preneur et le transport ayant été empêché par le fait de ce dernier, le bailleur avait satisfait à son obligation de faire jouir le preneur conformément au contrat; dès lors le prix était dû.

(40) D. 19, 2, *loc.*, L. 36, FLORENTIN, " Opus quod aversione locatum est donec " adprobetur, conductoris periculum est : quod vero ita conductum sit, ut in " pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus " admensum non sit : et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, " quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius " interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit : " non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera " consecutus esset ", L. 37, JAVOLÈNE, " Si priusquam locatori opus probaretur, " vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale " opus fuit, ut probari deberet ".

" Un ouvrage entrepris en bloc est au risque de l'entrepreneur jusqu'à ce qu'il

cution partielle de l'ouvrage, l'entrepreneur peut réclamer la partie correspondante du prix, nonobstant la perte subséquente. Nous supposons une exécution partielle de l'ouvrage, dans le sens juri-

" soit approuvé; mais celui qui a été entrepris à condition d'être presté au pied " ou à la mesure, est seulement au risque de l'entrepreneur pour autant qu'il " n'ait pas été mesuré; dans les deux cas le dommage retombera sur le maître, s'il " a dépendu de lui d'approuver ou de faire mesurer l'ouvrage. Au contraire, si " l'ouvrage a péri par suite d'un événement de force majeure avant d'être " approuvé, il est au risque du maître, sauf convention contraire; en effet, on " ne doit prester au maître que ce qu'il eût obtenu par ses soins et ses efforts " personnels ".

" Si l'ouvrage a été détruit par quelque accident avant d'être approuvé par le " maître, le dommage frappe ce dernier si l'ouvrage était de telle nature qu'il " devait être approuvé ".

Dans la première partie de la loi 36, Florentin suppose que l'ouvrage entrepris vient à périr par la faute de l'entrepreneur; cela résulte de l'antithèse établie entre le commencement et la fin de la loi (Si tamen *vi majore* opus... interciderit). Pas de doute que pareille perte retombe sur l'entrepreneur, peu importe qu'elle survienne avant ou après la réception de l'ouvrage, sauf que le maître qui a reçu l'ouvrage ou qui est en demeure de le recevoir, supportera la charge de la preuve. L'hypothèse de la perte accidentelle est examinée par Florentin dans la seconde partie de la loi 36 et par Javolène dans la loi 37. Les jurisconsultes supposent un ouvrage *achevé*, car il était dans les conditions voulues pour être approuvé (si tale opus fuit, ut probari deberet, L. 37); il ne peut être question d'approuver un ouvrage inachevé. Ils sont d'accord pour mettre la perte accidentelle à la charge du maître, bien que celui-ci n'eût pas encore reçu l'ouvrage; son achèvement régulier suffit. A fortiori en est-il ainsi lorsque la perte survient après la réception de l'ouvrage. MOLITOR, cité, I, nº 285 i. f. Contra MOMMSEN, *Beiträge* I, § 31, p. 371-375.

Cf. D. 19, 2, *loc.*, L. 62 LABEO *libro primo pithanorum* " Si rivum quem faciendum " conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum " est. PAULUS: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis " vitio accidit, tuum erit detrimentum ".

" Si une crevasse a détruit avant l'approbation un fossé que vous aviez entre- " pris et creusé, le risque est pour vous. PAUL : au contraire il sera pour le maître, " si l'accident est arrivé par suite du vice du sol; s'il est survenu par le vice de " l'ouvrage, le dommage est pour vous ".

A vrai dire, cette loi ne contient aucune disposition relative à la perte accidentelle de l'ouvrage entrepris. Labéon avait mis une perte quelconque à la charge de l'entrepreneur. Paul le reprend à cette occasion. La perte, dit-il, sera pour l'entrepreneur si elle est due au vice de l'ouvrage; évidemment, car alors elle est imputable à l'entrepreneur. Mais si la perte provient du vice du sol, elle sera pour le maître; celui-ci est responsable du vice de la matière première qu'il livre à l'entrepreneur. Paul ne nous apprend pas ce qu'il faut admettre dans le cas d'une perte véritablement accidentelle, par exemple dans l'hypothèse d'un tremblement de terre. Pareille perte serait pour le maître, si elle survenait après l'achèvement de l'ouvrage; les lois 36 et 37 citées le prouvent. Donc ici encore l'opinion de Labéon ne devrait pas être suivie. Cf. MOMMSEN, *Beiträge* I, § 31, p. 375-377. Le principe énoncé ci-dessus est admis par MOLITOR, cité, I, nº 285 i. f., MOMMSEN, *Beiträge* I, § 31, p. 377, et WINDSCHEID, II, § 401 et note 9.

dique. Tel est le cas où quelqu'un s'est chargé de la construction de plusieurs bâtiments distincts; l'un de ces bâtiments venant à périr après avoir été achevé, le maître en doit le prix(41).

(41) D. 19, 2, *loc.*, L. 59, JAVOLÈNE, « Marcius domum faciendam a Flacco « conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. « Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse « periculum ».

« Marcius avait entrepris pour compte de Flaccus la construction d'une « maison; plus tard, une partie de l'ouvrage étant achevée, le bâtiment fut « détruit par un mouvement du sol. Massurius Sabinus est d'avis que si l'acci- « dent est survenu par suite d'une force naturelle telle qu'un mouvement du « sol, le risque est pour Flaccus ».

Dans l'espèce de la loi 59, Javolène met à la charge du maître la perte accidentelle d'une partie de la maison qu'il s'agissait de construire. Il faut supposer que cette partie de maison formait un bâtiment distinct, dont l'entrepreneur était en droit d'exiger la réception. Autrement Javolène serait en contradiction avec lui-même, car, à la loi 37 *locati*, il décide que le maître supporte seulement le risque pour autant que l'ouvrage fût achevé au moment de la perte « si tale opus fuit, ut probari deberet »; donc, dans la loi 59 aussi, il suppose que le bâtiment qui avait péri était achevé; cf. la note précédente. Voyez encore D. 45, 1, *de V. O.*, L. 15, et note 39, n° 3 du présent paragraphe.

Cf. MOLITOR, cité, I, n° 285 i. f., MOMMSEN, *Beiträge* I, § 31, p. 378-379, 385-386, et WINDSCHEID, II, § 401 et note 10. Nous avons suivi ici MOMMSEN. MOLITOR et WINDSCHEID admettent d'une manière générale que si l'ouvrage partiellement exécuté périt par accident, l'entrepreneur a droit à la partie correspondante du prix.

On suivait une règle spéciale pour les avocats. Lorsque la prestation de leurs services avait été empêchée par une circonstance qui ne leur était pas imputable ils avaient, sinon le droit de réclamer des honoraires en justice, au moins celui de garder les honoraires reçus; D. 19, 2, *loc.*, L. 38 § 1; D. 50, 13, *de variis et extraord. cognit.*, L. 1 § 13, vis Divus Severus.....; cf. C. 4, 6, *de cond. ob caus. dat.*, L. 11.

Nous venons d'admettre que, dans le louage de services, l'ouvrier ou l'entrepreneur qu'un accident met dans l'impossibilité de fournir son travail, n'a pas droit au prix convenu; voyez en ce sens PUCHTA, *Pand.* § 302 i. f., et *Vorles. eod.*, MOLITOR, cité, I, nos 284-285, MOMMSEN, *Beiträge* I, § 30-31, p. 352-387, VANGEROW, III, § 591, *Anm.*, n° VII, et WINDSCHEID, II, § 401 et note 9. Plusieurs interprètes (MÜHLENBRUCH, II, § 365, 4. — MAYNZ, II, § 218 et note 15) lui accordent néanmoins ce prix. Ils invoquent le D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 9-10, L. 33, vis quemadmodum, inquit,..... nihilo minus teneberis, L. 38 pr. et § 1, L. 59, le D. 1, 22, *de off. adsess.*, L. 4, et le D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1 § 13, vis Divus Severus.....

Nous écartons d'abord le D. 19, 2, *loc.*, L. 38 § 1, et le D. 50, 13, *de variis et extraord. cognit.*, L. 1 § 13, vis Divus Severus....., qui concernent les honoraires des avocats. On ne saurait en déduire une règle générale pour le louage de services. Les services des avocats ne faisaient pas l'objet d'un véritable louage; ils donnaient seulement lieu à une *cognitio extraordinaria* en payement des honoraires. La profession d'avocat était d'ailleurs fortement privilégiée sous l'empire.

Nous venons d'expliquer le D. 19, 2, *loc.*, L. 59, et nous rendrons compte à la note 42 du D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 9-10, L. 38 pr., et du D. 1, 22, *de off. adsess.*, L. 4.

Reste le D. 19, 2, *loc.*, L. 33, vis quemadmodum, inquit, si insulam aedifi-

C) Le bailleur, l'ouvrier ou l'entrepreneur empêché par un accident de fournir la jouissance ou les services peut néanmoins réclamer le prix, lorsque l'accident est relatif à la personne du preneur ou du maître de l'ouvrage et que, à la même époque, la chose ou les services n'ont pas été loués ni pu être loués à d'autres. Dans l'espèce, le contrat cause un dommage au bailleur, à l'ouvrier ou à l'entrepreneur; si ceux-ci n'avaient pas contracté avec A, ils auraient pu en général contracter avec X ou Y; A pouvait et devait prévoir lors du contrat que des circonstances relatives à sa personne pourraient empêcher la prestation de la jouissance ou du travail(42).

III. *De la société*. La question des risques et périls dans le contrat de société se résout par une distinction; il faut voir si l'apport

candam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Voici le sens de cette observation obscure d'Africain. Quelqu'un avait entrepris la construction d'une maison. Par suite d'un vice du sol, la maison s'était écroulée. La perte est pour le maître, parce qu'il répond du vice de la matière première fournie à l'entrepreneur. Ainsi entendue la loi 33 ne fait que reproduire la décision catégorique de la loi 62 *locati*; cf. la note précédente i. f. On pourrait encore l'appliquer au cas où la maison *achevée* a péri par suite d'un accident tel qu'un tremblement de terre; c'est l'espèce des lois 36 et 37 *locati*; cf. la note précédente initio. Voyez sur la loi 33 MOMMSEN, *Beiträge* I, § 31, p. 379-381.

(42) D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 9, ULPIEN, « Cum quidam exceptor operas suas locasset, « deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo « rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba : ' Cum per te non stetisse pro- « ' ponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno « ' mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est ' ».

« Comme un scribe avait loué ses services et qu'ensuite celui qui les avait « loués, était décédé, l'empereur Caracalla avec feu Sévère répondit à la requête « du scribe en ces termes : ' Puisque vous alléguez qu'il n'a pas dépendu de vous « ' de prester à Antonius Aquila les services loués, si la même année vous n'avez « ' pas reçu un salaire d'une autre personne, il est équitable que le contrat soit « ' exécuté ' ».

Le § 10 de la loi 19 citée applique le même principe au cas où les assesseurs d'un *legatus Caesaris* (gouverneur d'une province impériale) ont été empêchés par le décès de ce dernier de fournir leurs services. Ils ont droit à leur salaire pour le temps qui restait encore à courir, pourvu que, pendant ce temps, ils n'aient pas assisté un autre magistrat.

Le Digeste 1, 22, *de off. adsess.*, L. 4, reproduit la loi 19 § 10 cit., en ajoutant que les assesseurs ne peuvent réclamer le salaire si le *legatus Caesaris* a été remplacé avant terme, peut-être parce que leurs services n'étaient loués que pour la durée des fonctions du gouverneur; cf. POTHIER, *Pand. Justin.* 1, 22, n° 9, note *k*.

Le Digeste 19, 2, *loc.*, L. 38 pr., a aussi en vue un cas où l'ouvrier avait été empêché de fournir son travail par un accident relatif au maître « si *per eum* non stetit, quo minus operas praestet ».

Le principe établi ci-dessus est reconnu par MOMMSEN, *Beiträge* I, § 30, p. 354-359, et VANGEROW, III, § 591, *Anm.*, n° VII, du moins pour la *locatio operarum*. Il doit être étendu par analogie à un louage quelconque.

que l'accident a empêché de fournir, avait pour objet la propriété d'une chose ou bien la jouissance d'une chose ou des services. Dans le premier cas, on suit la règle de la vente; dans le second, on se conforme à la règle du louage; les motifs de décider sont les mêmes.

1° Lorsqu'un associé doit mettre en commun la propriété d'un corps certain[43] et que celui-ci périt par accident avant la tradition, l'associé est libéré et, malgré sa délibération, il conserve ses droits sociaux, il peut réclamer sa part dans les bénéfices de la société. En effet, l'associé doit avoir droit aux avantages sociaux, qu'il ait effectué son apport immédiatement après la conclusion du contrat ou bien que la réalisation de son apport ait été retardée sans sa faute. Or, dans le premier cas, l'apport périssant, l'associé aurait incontestablement conservé ses avantages sociaux, puisqu'il eût rempli son obligation. Il doit en être de même dans le second cas. A plus forte raison en est-il ainsi lorsque la chose dont la propriété devait être communiquée à la société, a péri accidentellement après avoir été mise en commun; ici il n'y a pas lieu de se demander si l'apport avait ou non primitivement pour objet un corps certain, car l'apport réalisé est toujours un corps certain[44].

2° Lorsque, au contraire, un associé doit fournir à la société la jouissance d'une chose ou des services et qu'un accident le met dans l'impossibilité totale ou partielle de remplir cette obligation, il est à la vérité libéré dans les limites de l'impossibilité, mais il perd proportionnellement ses droits sociaux; il est exclu du partage des bénéfices de la société en proportion de l'inexécution de son obligation. L'obligation de procurer la jouissance ou de prester des services pendant la durée de la société porte sur une chose future; le prix de cette chose, dans l'espèce la part sociale, n'est dû que si la chose future arrive à l'existence et dans les limites dans lesquelles elle y arrive[45].

(43) Si l'apport a pour objet une chose qui est seulement déterminée quant à son genre ou bien une quantité de choses fongibles, l'associé débiteur n'est jamais libéré par le cas fortuit; D. 17, 2, *pro socio*, L. 58 § 1, vis si vero ante collationem.....

(44) D. 17, 2, *pro socio*, L. 58 pr., vis Ceterum si id actum dicatur....., et § 1, vis Item Celsus tractat..... ad mercem emendam, periit.

(45) D. 17, 2, *pro socio*, L. 58 pr., vis Si id quod..... coitam societatem.

Ulpien, D. 17, 2, *pro socio*, L. 58 pr. « Si id quod quis in societatem contulit « exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. Tractatum ita est apud « Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis : cum tres « equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam « venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus « meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio « equorum tuorum partem deberi : non enim habendae quadrigae, sed ven- « dendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret

Il est évident que si, à cause de l'accident, la réalisation du but

« eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie « adhuc socii sumus » § 1 « Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad « mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. Et ait, si post « collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, « utrique perire, utputa si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emen- « dam, periit : si vero ante collctionem, posteaquam eam destinasses, tunc « perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit ».

« Si quelqu'un a apporté une chose à la société et que cette chose ait péri, « voyons s'il peut intenter l'action *pro socio*. La question est traitée comme suit « par Celsus au livre septième de son Digeste, en réponse à une lettre de Cor- « nelius Felix. Comme vous aviez trois chevaux et moi un seul, nous avons « conclu une société, afin que, après avoir reçu mon cheval, vous vendiez un « quadrige et me rendiez le quart du prix. Si mon cheval est mort avant la « vente, Celsus dit qu'il ne pense pas que la société subsiste, ni qu'il me soit dû « une partie du prix de vos trois chevaux; car la société a été conclue, non pas « dans le but d'avoir un quadrige en commun, mais pour le vendre. Au con- « traire, si l'intention des parties a été qu'un quadrige fût formé et devînt « commun, que vous en eussiez les trois quarts et moi un quart, sans nul doute « nous sommes encore associés ».

« De même Celsus se demande si nous avons mis de l'argent en commun pour « acheter des marchandises et que mon argent ait péri, pour qui il a péri. Il dit « que si l'argent a péri après la mise en commun, alors qu'il n'aurait pas péri « sans la conclusion de la société, la perte est pour les deux associés, par « exemple si l'argent a péri après qu'on l'avait emporté à l'étranger pour acheter « des marchandises. Mais s'il a péri avant la mise en commun, après que vous « lui aviez donné cette destination, vous n'obtiendrez rien de ce chef, dit-il, « parce que l'argent n'a pas péri pour la société ».

Le *principium* de la loi 58 s'occupe spécialement d'un apport en jouissance; la fin du *principium* et le § 1 supposent un apport en propriété.

A l'occasion de la première espèce du *principium*, Ulpien dit en termes positifs que le but de la société était de vendre le quadrige et non de l'avoir en commun « non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem » ; il s'agissait donc d'un apport *quoad usum*. Sa décision, pour le cas de perte accidentelle d'un pareil apport, n'est pas moins nette : la société est dissoute « non putare se Celsus ait societatem manere » et l'associé dont le cheval a péri, n'a pas droit à une partie du prix des chevaux de son coassocié « nec ex pretio equorum tuorum partem deberi » ; il a donc perdu avec son apport ses avantages sociaux.

Vers la fin du *principium* de la loi 58, Ulpien passe à l'hypothèse d'un apport en propriété; il est encore très explicite « Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam ». Ici il décide que la société subsiste « non dubie adhuc socii sumus » ; ces mots ne peuvent signifier qu'une chose, c'est que l'associé dont le cheval a péri conserve sa part dans les trois autres chevaux.

Telle étant la signification certaine du *principium* de la loi 58, la portée du § 1 de la même loi n'est pas douteuse. Il s'agit encore d'un apport en propriété; l'apport consistait en argent monnayé ; un apport de pièces de monnaie est sans utilité si on ne peut les dépenser et, pour pouvoir les dépenser, il faut en être propriétaire; cf. T. IV, § 446, 2°, *a*. L'un des associés avait mis en commun son

social est devenue impossible, la société est dissoute[46]; alors, selon que l'associé empêché de fournir son apport conserve ou non ses avantages sociaux, il obtiendra ou non sa part sociale[47].

IV. *Des contrats innomés*. On appelle contrats innomés tous les contrats qui consistent dans une prestation faite en vue d'une prestation réciproque, sauf qu'on ne donne pas cette qualification au prêt de consommation, au commodat, au dépôt et au contrat de gage. Les principaux contrats de cette espèce sont l'échange, le contrat estimatoire, la transaction et le précaire. Le contrat innomé n'est point parfait par le seul consentement des parties; la simple convention consensuelle ne constitue qu'un pacte dépourvu d'action. Le contrat innomé existe seulement lorsque l'une des parties a exécuté la prestation qui lui incombe. La partie qui a exécuté son obligation, peut maintenant poursuivre l'exécution de la prestation réciproque par l'action générale ou innomée *praescriptis verbis*.

apport pécuniaire et celui-ci avait péri accidentellement. D'après Ulpien, la perte est pour les deux associés " utrique perire „. Cette décision ne signifie pas seulement que les deux associés devenus copropriétaires de l'argent le perdent, ce qui est une vérité triviale, mais surtout que l'associé dont l'apport a péri, conserve ses droits sociaux. Cette solution s'impose si on rapproche le § 1 de la fin du *principium* de la loi 58 : dans les deux cas, il s'agit d'un apport en propriété et par conséquent, dans l'un comme dans l'autre, l'associé devait conserver ses avantages sociaux malgré la perte accidentelle de son apport.

Cf. D. 17, 2, *pro socio*, L. 52 § 3. Dans ce passage, deux personnes avaient conclu une société (L. 52 § 3 i. f.); l'une d'elles avait fourni du bétail, que l'autre s'était engagée à garder et à entretenir; le bétail avait été estimé (L. 52 § 3 initio). Il devait être vendu plus tard et le produit de la vente devait se partager dans une certaine proportion entre les deux associés. Le bétail fut enlevé par des voleurs ou périt dans un incendie (L. 52 § 3 initio). S'il y a faute de la part de l'associé gardien du troupeau, certainement il est responsable (L. 52 § 3 i. f.); mais, dans le cas d'un accident, la perte du bétail est supportée par les deux associés " commune damnum est „ (L. 52 § 3 initio). L'espèce de la loi 52 § 3 est analogue à celle de la loi 58 pr. initio. Seulement, dans la loi 52 § 3, tout l'avoir spécial avait péri et par conséquent il ne pouvait être question de la conservation des droits sociaux pour aucun des associés. Il s'ensuit que chacun perd son apport purement et simplement et sans compensation; l'un perd son bétail, l'autre ses frais de garde et d'entretien. Cf. Mommsen, *Beiträge* I, § 33, p. 411.

Par dérogation à la règle générale sur les risques et périls dans la société, les droits sociaux demeurent intacts, si l'accident qui a empêché la prestation de la jouissance ou du travail, était relatif à la personne des coassociés et que l'associé débiteur de l'apport ne soit pas parvenu à louer à d'autres sa chose ou ses services; arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 9. Cf. n° II, C, du présent paragraphe.

(46) D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 § 10 i. f.

(47) Cf. D. *eod.*, L. 58 pr. Sur les risques et périls dans le contrat de société voyez Molitor, cité, I, n° 287, Mommsen, *Beiträge* I, § 33, p. 405-414, Maynz, II, § 226, 3° i. f., § 228 i. f. et note 17, et Windscheid, II, § 406, 1.

Mais elle a encore un autre droit. Elle peut demander la résolution du contrat contre le cocontractant en défaut de faire sa prestation réciproque et répéter ce qu'elle a payé elle-même; elle dispose à cette fin de la *condictio causa data causa non secuta*(48). Qui supporte les risques et périls à l'occasion de ces contrats? Trois hypothèses se présentent.

1° Pas de difficulté si, avant toute prestation effectuée, l'une des parties est empêchée par un accident de faire sa prestation. Cette partie est devenue impuissante à parfaire le contrat réel; la partie adverse ne le peut pas davantage en faisant la prestation qui lui incombait, elle ne peut plus faire cette prestation en vue d'une prestation réciproque; le *facio ut facias* est devenu impossible. Donc si, par erreur, elle effectue sa prestation, elle est autorisée à la répéter(49).

2° L'une des parties a fait la prestation qui lui incombe; le contrat innomé est arrivé à l'existence; un cas fortuit subséquent fait périr la chose reçue. Il faut considérer la nature de la prestation reçue; il faut voir si elle consiste dans un transfert de propriété ou bien dans la jouissance d'une chose ou en services. S'il y a eu transfert de propriété, la prestation réciproque demeure due malgré la perte accidentelle de la chose reçue; le contractant qui a fait la

(48) Cf. T. III, § 365, II, 3°.

(49) D. 12, 4, *de cond. causa data causa non secuta*, L. 16, Celsus, " Dedi tibi " pecuniam, ut mihi Stichum dares : utrum id contractus genus pro portione " emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati " re non secuta? In quod proclivior sum : et ideo si mortuus est Stichus, " repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.. „.

" Je vous ai donné une somme d'argent pour que vous me donniez Stichus; " est-ce que cette espèce de contrat vaut comme vente, ou bien n'y a-t-il ici " aucune autre obligation que celle résultant d'une dation faite en vue d'une " prestation qui ne s'est pas réalisée? J'incline dans le dernier sens; par consé- " quent, si Stichus est décédé, je puis répéter ce que je vous ai donné pour que " vous me donniez Stichus „.

Il faut entendre ce passage comme suit. Nous nous étions engagés l'un envers l'autre, moi à vous *donner* une somme d'argent, vous à me *donner* Stichus. Cette convention ne constituait pas une vente, car le vendeur n'est pas tenu *ad dandum*, mais seulement *ad tradendum*; il y avait plutôt convention d'échange à raison de la dation réciproque imposée aux contractants. L'esclave Stichus vint à décéder; puis, dans l'ignorance de ce décès, je vous avais donné l'argent promis. Je puis le répéter, par le motif que le contrat *do ut des* n'a pu arriver à l'existence. Par contre, s'il y avait eu vente dans l'espèce, la perte de Stichus postérieure au contrat ne m'aurait pas dispensé de l'obligation de payer le prix, ni permis de le répéter. Nous avons supposé que Stichus était déjà mort le jour du payement de l'argent; les mots " si mortuus est Stichus „ militent en ce sens; le décès postérieur au payement de l'argent aurait exigé le futur " mortuus erit „, au lieu du présent " mortuus est

dation a satisfait à son obligation, dès lors la partie adverse doit faire de son côté la prestation à laquelle elle s'est engagée; elle supporte la perte accidentelle de la chose reçue. Il en est de même si la prestation reçue a pour objet la jouissance d'une chose ou des services et que cette jouissance ou ces services aient été complètement fournis; le motif est identique. Mais si la prestation de la jouissance ou des services a seulement été partielle, la prestation réciproque n'est due que dans la même proportion; elle constituait le prix de la jouissance ou des services qu'il s'agissait de fournir, c'était le prix d'une chose future; or ce prix n'est dû que pour autant que la chose future arrive à l'existence.

3° Après l'exécution de l'une des prestations, la partie qui l'a reçue, est empêchée par un accident de faire sa propre prestation, en tout ou en partie. Cette dernière obligation sera certainement éteinte dans les limites de l'impossibilité qui s'est produite; mais la prestation reçue pourra-t-elle être gardée ou bien sera-t-elle sujette à restitution(50)? Il y a lieu de faire la même distinction que dans l'hypothèse précédente. Si la prestation devenue impossible consistait en un transfert de propriété, la chose reçue pourra être gardée, au même titre que le prix de vente payé au vendeur peut être retenu par celui-ci nonobstant la perte accidentelle de la chose vendue. Mais si la prestation réciproque avait pour objet la jouissance d'une chose ou bien des services, la prestation reçue sera sujette à répétition, en tout ou en partie, comme le prix du bail payé par anticipation peut être répété en tout ou en partie, si la jouissance ou les services n'ont pas été fournis ou bien ne l'ont été que partiellement. Prenons des cas particuliers. A convient avec B de lui donner son cheval en échange d'un bœuf; A donne son cheval, puis le bœuf de B périt avant d'avoir été livré. B sera libéré et néanmoins il pourra garder le cheval qu'il a reçu(51). — A s'engage

(50) Nous nous plaçons dans l'hypothèse d'une restitution possible; si elle est impossible à cause de la nature de la prestation reçue, ce qui arrivera souvent si cette prestation consiste en un pur fait, la question posée ci-dessus vient à tomber. MOMMSEN, *Beiträge* I, § 32, p. 391.

(51) 1° D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5 § 1, PAUL, " Sed si scyphos tibi dedi, ut " Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare " debes „.

" Mais si je vous ai donné des coupes pour que vous me donniez Stichus, " celui-ci sera à mes risques et vous devez seulement répondre de votre faute „.

2° C. 4, 6, *de cond. ob caus. dat.*, L. 10, DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN, " Pecuniam " a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito " casu secuta non est, minime repeti posse certum est „.

" Il est certain que l'argent donné par vous ne peut nullement être répété, bien

à payer 100 mesures de froment à B, à condition que celui-ci lui fournisse la jouissance d'une maison ou bien des services; il paye les 100 mesures de froment, tandis qu'un accident empêche B de s'acquitter de son obligation réciproque. B sera libéré, mais il devra rendre le froment qu'il a reçu; il sera soumis de ce chef à une *condictio sine causa*(52). — A remet une chose à B sur estimation, pour qu'il la vende au prix estimé et lui tienne compte de l'estimation (contrat estimatoire); la chose périt fortuitement avant la vente. B sera libéré, mais il ne pourra rien réclamer de A(53).

V. *Du contrat emphytéotique*. Le contrat emphytéotique a la

" que l'éventualité en vue de laquelle il a été donné, ne se soit pas réalisée, non " par la faute de celui qui a reçu l'argent, mais par suite d'un cas fortuit ".

Ces deux textes sont catégoriques. Quant au Digeste 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 16 initio, il contient sans doute une autre décision, mais pour une autre espèce; cf. note 49 du présent paragraphe.

(52) D. 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 5 pr. § 3-4, cf. L. 3 § 3-4, Ulpien. D'après la loi 5 pr., quelqu'un avait reçu de l'argent pour faire un voyage à Capoue dans l'intérêt du payant; l'état de sa santé ou le mauvais temps l'avait empêché de se mettre en route. Ulpien décide que l'argent donné peut être répété, après déduction des débours légitimes faits en vue du voyage.

Dans la loi 5 § 3-4, Ulpien suppose que le maître d'un esclave avait reçu quelque chose pour l'affranchir. L'affranchissement devint impossible par suite du décès ou de la fuite de l'esclave, sans que le maître fût en retard d'affranchir. Le jurisconsulte, tout en refusant la répétition dans plusieurs cas particuliers, l'accorde cependant en thèse générale; L. 5 § 3 « oportet id quod accepit restitui » et § 4 « ipsi adhuc servum obisse ».

La loi 3 § 3-4 paraît contredire la loi 5 § 4. Le maître d'un esclave avait reçu ou stipulé de l'argent pour l'affranchir dans un certain délai; l'esclave était décédé dans le cours de ce délai, sans que le maître fût en retard de l'affranchir. La loi 3 § 3-4 statue d'une manière absolue que l'argent est dû. Nous pensons qu'elle doit être complétée par la loi 5 § 4; l'argent ne sera dû que dans les divers cas particuliers indiqués dans la loi 5 § 4. En effet, le dernier texte traite la question en détail, tandis que la loi 3 § 3-4 ne fait que la toucher; c'est donc la loi 5 § 4 qui contient la véritable pensée du législateur.

(53) et notamment pas le salaire fixe qu'il a pu stipuler, indépendamment de l'excédent du prix de vente sur l'estimation; cf. D. 19, 3, *de aestimat.*, L. 2. En effet, le D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 1, décide que le commissionnaire ne répond pas de la perte accidentelle de la chose, à moins qu'il ne se soit offert pour la vendre; d'une rémunération pour son travail il n'est pas question.

Voyez en ce sens Molitor, cité, I, nos 288-289, et Erxleben, *Die condictiones sine causa*, Goettingue, 1850-1853, T. II, § 17, p. 386-463.

D'après d'autres interprètes, si, à l'occasion d'un contrat réel innomé quelconque, la prestation réciproque devient impossible par suite d'un accident, la chose reçue peut toujours être gardée (Mommsen, *Beiträge* I, § 32, p. 390-396. — Vangerow, III, § 591, *Anm.*, n° IV, 2°, p. 208-211. — Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Vorauszetzung*, n° 110, p. 179-182, Dusseldorf, 1850. — Cf. Maynz, II, § 243, n° II, p. 338-340) ou bien elle doit toujours être restituée; Doneau, *Commentarii juris civilis* XIV, c. 21. — Glück, *Pand.* XIII, § 823, p. 46-48. — Rossirt, *Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht* II, p. 392 et ss.

même nature que le louage de choses; comme celui-ci, il a pour objet la jouissance d'une chose. Aussi, lorsque tout le fonds emphytéotique périt accidentellement, l'emphytéote est-il libéré, pour la période subséquente, de l'obligation de payer la rente convenue. Mais, à la différence du fermier ordinaire, il n'a droit à aucune réduction de la rente, ni du chef d'une perte partielle ou d'une détérioration de l'immeuble, ni pour récolte manquée. Il est assimilé au propriétaire pour les risques comme pour les avantages de la chose, du moins aussi longtemps que son droit conserve un objet(54).

Section III. — **De la demeure.**

D. 22, 1, *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora*.

MADAI, *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837.

WOLFF, *Zur Lehre von der Mora*, Goettingue, 1841.

HEIMBACH (C. G. E.), *Weiske's Rechtslexikon* XII (1858), p. 840-1044.

KNIEP, *Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht*, 2 vol., Rostock, 1871-1872.

§ 300. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1° La demeure (*mora*) est un retard coupable apporté à l'exécution de l'obligation, soit par le débiteur, soit par le créancier. Ainsi, une demeure est possible de la part du débiteur et de la part du créancier; le premier peut être en demeure de faire le payement, le second en demeure de le recevoir; on distingue une *mora debitoris vel solvendi* et une *mora creditoris vel accipiendi*. Mais la faute est une condition essentielle de la demeure; celle-ci est plus qu'un simple retard matériel apporté à l'exécution de l'obligation, c'est un retard coupable, imputable à l'une des parties(1). Le débiteur ou le créancier ne sera donc pas en demeure, s'il a été empêché de se rendre au lieu du payement par suite d'un accident, tel qu'une maladie, l'interruption des communications, un naufrage ou la privation de la liberté(2). Le débiteur ne sera

(54) Cf. T. II, § 216, II, 1°.

(1) Sans doute le mot *mora* est parfois appliqué au simple retard de l'une des parties (D. *h. t.*, L. 9 § 1 i. f., L. 38 § 6) et ce simple retard produit aussi des effets juridiques; pour n'en citer qu'un seul, si le débiteur est en retard de payer, le créancier peut exercer tous les droits attachés à sa créance. Mais cette acception du mot *mora* est impropre.

(2) D. *h. t.*, L. 23 pr. Ce texte mentionne encore le cas où le débiteur a dû faire une absence pour cause d'utilité publique, d'une manière si subite qu'il n'a pas eu le temps de constituer un mandataire.

pas davantage en demeure s'il a été dépouillé de l'argent destiné au payement et qu'il n'ait pu en emprunter d'autre immédiatement, ou bien s'il avait de justes motifs de douter, soit de l'existence de la créance, soit de la qualité du créancier ou de son représentant(3), etc.(4). En effet personne ne répond des cas fortuits; cette règle n'est pas seulement vraie pour l'inexécution complète de l'obligation, elle s'applique aussi à l'exécution tardive; il serait illogique de l'admettre sous le premier rapport et de l'exclure sous le second. Le débiteur ou le créancier en demeure est tenu de réparer tout le dommage que par son retard il a causé à la partie adverse; notamment le débiteur en demeure doit, dans certaines limites, payer la valeur de la chose qui a péri fortuitement après sa demeure(5); cette responsabilité ne se comprend que sur le fondement d'une faute. La nécessité d'une sommation pour constituer le débiteur en demeure fournit un autre argument; cette sommation serait sans objet si la demeure du débiteur n'exigeait pas une faute(6). — La demeure du débiteur ou du créancier

(3) Cf. D. 16, 3, *depos.*, L. 13 pr., et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 42.

(4) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 22 i. f.; D. *h. t.*, L. 21-22.

(5) Cf. T. III, § 303, I, 1°.

(6) Au point de vue des textes, la demeure est généralement caractérisée pa les locutions : *per eum stetit* ou *factum est quo minus daret*, *traderet*, *solveret* ou *acciperet* (D. 17, 1, *mand.*, L. 37 i. f.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 51 § 1 ; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 49 § 3, L. 114), ce qui implique une faute; D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 15 pr.; D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1 § 3. D'autre part, d'après le D. *h. t.*, L. 32 pr., la demeure du débiteur est une question de fait plutôt que de droit; " an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum " quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam juris „; or ce serait une question de droit si la culpabilité du débiteur était indifférente. Notre doctrine s'appuie en outre directement sur les textes suivants :

1° D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 5, Pomponius, " Quod te mihi dare oporteat si id " postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore " id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti " debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris " quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter " quam intellegere deberes te dare oportere „.

Le débiteur supporte la perte accidentelle de la chose due, si elle se produit après sa demeure " si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares „. Que faut-il entendre par ces derniers mots? se demande Pomponius. On ne peut, dit-il, les appliquer à un débiteur empêché de payer, ni même à un débiteur qui avait de justes motifs d'ignorer sa dette.

2° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91 § 3, Paul, " Sequitur videre de eo, quod veteres " constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, " quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus " solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio : si vero moratus sit " tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. " Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem

suppose donc une faute. Mais quelle est cette faute? C'est la faute légère ou la faute lourde, conformément aux règles sur la presta-

" promiserat, posse emendare eam postea offerendo ; esse enim hanc quaestionem " de bono et aequo : in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae " perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem " et Julianus sequitur : nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, " quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur? „

Au commencement du passage Paul pose le principe que l'obligation est perpétuée (c'est-à-dire que le débiteur doit l'estimation de la chose qui périt accidentellement) toutes les fois qu'il est en faute " quotiens culpa intervenit debitoris „. Mais quand le débiteur sera-t-il en faute? Il le sera d'abord si, par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité de faire le payement; il le sera encore s'il a été constitué en demeure " si... moratus sit „. Le jurisconsulte considère donc la demeure comme le résultat d'une faute.

3° D. 16, 3, *depositi*, L. 1 § 22, Ulpien, " Est autem et apud Julianum libro " tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi " actione agere : hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti " rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, " qui reposcenti non reddat : quid enim si in provincia res sit vel in horreis, " quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio " depositionis non exstitit? „.

Un dépositaire ne restitue pas sur-le-champ la chose déposée, parce qu'il l'a laissée en province ou placée dans un grenier momentanément inaccessible. Il ne commet aucun dol, décide Ulpien, et il veut certainement nous apprendre par là que le dépositaire n'est pas en demeure de restituer. La demeure est exclue malgré l'existence d'un empêchement personnel au débiteur, parce que celui-ci n'a commis aucune faute.

Non obstant : 1° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 4, Venuleius, " Illud inspiciendum " est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cesset obligatio, " donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet neque inveniat " creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad " facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, " non rerum quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, " quaeremus, ubi sit Stichus : aut si non multum referre videatur ' Ephesi datu- " rum se ', an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat : nam hoc " quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud com- " mune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa " difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris " pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum " quem dominus non vendat, dare promiserit „.

Quelqu'un avait promis de donner 100, sans avoir les fonds chez lui. Est-ce que cette promesse est pure et simple, se demande Venuleius, ou bien est-elle faite à terme, de telle façon que la dette sera seulement exigible après que le promettant sera parvenu à se procurer les fonds? La promesse est pure et simple, répond le jurisconsulte ; l'impossibilité de se procurer les fonds est personnelle au débiteur et il en supporte les conséquences; il doit s'imputer à lui-même d'avoir promis sans terme des fonds qu'il n'avait pas chez lui. Si la promesse dont il s'agit contenait un terme, alors il faudrait aussi considerer comme étant à terme la promesse de celui qui, par un contrat conclu à Rome, se serait engagé purement et simplement à payer l'esclave Stichus, qui était à Éphèse; il n'y

tion des fautes, telles qu'elles ont été déterminées ci-dessus pour le

aurait plus de différence entre cette promesse et la promesse à terme de payer à Éphèse l'esclave Stichus se trouvant à Éphèse. Il y a plus; à raison d'une impossibilité relative, on arriverait à libérer de son obligation celui qui a vendu l'esclave d'autrui et qui ne parvient pas à déterminer le propriétaire à le lui vendre. Le passage de Venuleius est étranger à la question de la demeure; le jurisconsulte se borne à décider qu'un empêchement temporaire qu'éprouve le débiteur d'exécuter son obligation, par suite d'une cause relative à sa personne, ne diffère pas l'exigibilité de la dette; celle-ci reste pure et simple. Autre chose est de savoir si le débiteur sera immédiatement en demeure; il ne le sera que si le retard lui est imputable, ce qui suppose qu'il ait été sommé de payer.

2° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 3 § 4, Pomponius, " Quod si per emptorem mora " fuisset, aestimari oportet pretium quod sit cum agitur, et quo loco minoris sit. " Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus " traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. Item non oportet " ejus loci pretia spectari, in quo agatur, sed ejus, ubi vina tradi oportet : nam " quod a Brundisio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundisi tradi " oportet ".

D'après Pomponius, pour que l'acheteur soit en demeure de recevoir la chose vendue, il faut que le vendeur n'ait apporté aucun obstacle à la tradition, surtout il doit avoir été prêt en tout temps à livrer; en d'autres termes, des offres de payement sont nécessaires de la part du vendeur. On en conclut que ces offres suffisent pour constituer l'acheteur en demeure de recevoir; on n'aurait pas égard à un empêchement légitime de l'acheteur. La conclusion est fausse. Pomponius cite une condition de la demeure du créancier; il ne résulte pas de là qu'il n'y en ait qu'une seule.

3° D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 18 pr., Ulpien, " Item illa verba praetoris " ' neque per actorem stetisse ' eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius " dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel " postea. Et puto et haec ad diem constituti referenda. Proinde si valetudine " impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius " scribit ".

Un créancier en vertu d'un constitut avait été empêché de recevoir le payement au jour convenu, par suite d'une maladie, du mauvais temps ou de la violence. C'est lui qui en souffre, décide Ulpien. On pense que le jurisconsulte entend dire par là que le créancier est en demeure de recevoir. C'est une erreur. Le créancier souffre déjà de l'empêchement en ce sens qu'il n'aura pas été payé au jour convenu; il ne pourra pas soutenir que le débiteur est en demeure de payer, ni même invoquer le bénéfice d'une convention faite pour le cas de non-payement. Cf. D. 18, 3, *de leg. commiss.*, L. 8, et D. *h. t.*, L. 9 § 1.

Voyez en notre sens Madai, cité, § 2 et 13, Wolff, cité, § 19-21 et 23, Molitor, cité, I, n° 347, Heimbach, cité, p. 866-875, Vangerow, III, § 588, *Anm.* 1, Brinz, II, § 272 initio, Arndts, § 251 et *Anm.* 7, Baron, § 240, I, 3, et § 241, I, Maynz, II, § 179 et notes 3 et 4, Windscheid, II, § 276 et note 2, § 277, 4 et notes 7-9, § 345, 3 et note 8.

Mommsen, *Beiträge*, T. I, § 23, p. 263-267, et T. III, § 2, 8 et 17, défend la même opinion, sauf qu'il n'admet pas que le créancier puisse se prévaloir d'une erreur pour justifier son refus des offres. Cette exception est insoutenable.

Kniep, cité, I, § 37, est aussi d'accord en principe.

Contra Schoemann, *Lehre vom Schadenersatz* II, p. 10 et ss., Glück, VIII, § 606,

cas d'inexécution totale de l'obligation. La responsabilité des parties doit être la même, qu'il s'agisse de cette inexécution ou bien d'un retard apporté à l'exécution de l'obligation[7].

2° Puisque toute demeure implique une faute, la partie en demeure doit réparer tout le dommage qu'elle a causé à la partie adverse[8].

§ 301. CONDITIONS DE LA DEMEURE DU DÉBITEUR.

I. La demeure du débiteur suppose une dette susceptible d'être efficacement poursuivie en justice; dans le cas contraire, le débiteur qui refuse de payer, n'est pas coupable de faute et une faute est de l'essence de la demeure[1]. Donc une dette nulle de plein droit, telle qu'une dette de jeu ou une dette d'intérêts usuraires, ne peut pas donner lieu à une demeure[2]. Il faut en dire autant d'une dette inefficace à raison d'une exception péremptoire comme l'exception de dol ou de violence[3]. Ainsi encore n'admettent pas de demeure les obligations naturelles[4], conditionnelles ou à terme, ces deux dernières du moins tant que la condition est en suspens ou que le terme n'est pas expiré[5].

II. Pour que le débiteur soit en demeure, le créancier doit l'avoir

p. 426-427, Haenel, *Vom Schadenersatz*, § 70, Mackeldey, II, § 345, 3 (éditions personnelles de l'auteur), Puchta, *Pand.*, § 268, note a, § 269 et note h, *Vorles.* II, § 269 initio, et Sintenis, II, § 93 et notes 50 et 76. D'après ces interprètes, la demeure est seulement exclue par un empêchement absolu de payer, tel que la perte fortuite de la chose due, ou bien par un obstacle relatif à la partie adverse, mais non si le débiteur ou le créancier est empêché de payer ou de recevoir le payement par des circonstances qui lui sont personnelles, sans lui être imputables.

(7) Le D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 5, et le D. *h. t.*, L. 21-22, ne sont pas contraires. Sans doute la première loi considère le dol du débiteur comme donnant lieu à la demeure; mais elle assimile à ce cas celui où le débiteur avait de justes motifs de comprendre qu'il devait payer; tout en étant de bonne foi et même sans avoir commis une faute lourde, on peut avoir de pareils motifs; cf. la note précédente n° 1. Aux termes du D. *h. t.*, L. 21-22, le débiteur qui refuse de payer, en alléguant une exception, n'est pas en demeure, pourvu qu'il soit de bonne foi. Le motif est bien simple; ce débiteur est aussi exempt de faute, sa bonne foi excuse son refus de payer.

Voyez en notre sens Madai, cité, § 2 et 13, Windscheid, II, § 277 et note 7, et Maynz, II, § 179, note 4, Cf. Arndts, § 251, *Anm.* 7.

Contra Wolff, cité, § 23, Molitor, cité, I, n° 347 i. f., et Heimbach, cité, p. 873-874, Cf. Mommsen, *Beiträge* III, § 3, p. 23-24, et § 8, p. 67-68.

Ancien droit romain : Pernice, *Labeo* II (2), p. 134-137.

(8) D. 45, I, *de V. O.*, L. 114; D. 33, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 8 i. f.

(1) Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 88. — (2) L. 88 cit.

(3) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 40 " non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest... "; cf. D. 31, *de leg.* 2°, L. 78 pr.

(4) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 127. — (5) D. *eod.*, L. 49 § 3.

inutilement sommé de payer (*interpellari*, *interpellatio*); aussi longtemps qu'on ne lui demande pas le payement, le débiteur peut s'abstenir de payer sans commettre aucune faute et sans faute pas de demeure[6].

A) La sommation dont il s'agit n'est autre chose qu'une invitation de payer; le créancier doit manifester d'une manière précise l'intention d'être payé et cette seule manifestation suffit. D'après cela :

1° On ne peut considérer comme une sommation une déclaration vague et générale du créancier relativement à la dette, un simple rappel de la dette est insuffisant[7]. L'envoi d'un compte non acquitté n'est qu'un rappel de la dette et partant n'implique pas une sommation. Par contre, l'envoi d'un compte acquitté manifeste clairement la volonté d'être payé sur-le-champ et constitue une sommation. Celle-ci n'exige pas une menace de poursuites. Elle ne requiert aucune forme et peut se faire judiciairement par la notification d'un exploit ou bien extrajudiciairement, par écrit ou de vive voix, sauf que, dans le dernier cas, il y aura lieu de prouver la sommation par témoins[8].

2° La sommation doit être faite par le créancier ou par son représentant[9]. Le créancier doit être capable de recevoir le payement, sinon une invitation de payer n'a pas d'objet; lorsque le créancier est incapable de recevoir le payement, l'interpellation doit se faire, soit avec l'autorisation du tuteur ou le consentement du curateur, soit par le tuteur ou le curateur lui-même[10]. Indépendamment de ceux-ci, la sommation peut être faite par un mandataire, pourvu que le mandat porte spécialement sur la sommation ou que celle-ci rentre dans les limites du mandat[11]. Le droit de sommer appartient au mandataire investi de l'administration de tous les biens du créancier; c'est un acte ordinaire de gestion. Il appartient aussi au mandataire *ad litem*; celui-ci a un mandat spécial pour sommer judiciairement et à fortiori pour la sommation extrajudiciaire. Mais l'*adjectus solutionis causa* n'a pas le droit de sommer; il est seulement établi pour recevoir le payement, si le débiteur veut bien le lui faire, et non pour le réclamer[12]. Il faut au reste que le créancier ou son représentant établisse sa

(6) D. *h. t.*, L. 32 pr initio. — (7) Cf. L 32 cit. § 1 i. f.

(8) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122 § 3, v^is testato convenerit.

(9) Arg. D. *h. t.*, L. 32 § 1 initio, cf. L. 24 § 2 initio et i. f.

(10) D. *h. t.*, L. 17 § 3.

(11) Cf. D. *h. t.*, L. 24 § 2. D'après la remarque de Paul, il n'y a pas ici acquisition d'une créance par une personne libre, mais un simple service rendu par le mandataire; c'est de la même manière que si Primus vole la chose de Secundus, Tertius qui surprend Primus en flagrant délit, acquiert à Secundus l'*actio furti manifesti*. — (12) Mommsen, *Beiträge* III, § 7, p. 51-52.

qualité, si elle peut être douteuse pour le débiteur, par exemple si le créancier n'est qu'un héritier ou un cessionnaire, s'il y a doute sur la tutelle, la curatelle, le mandat; le débiteur qui ignore la qualité de l'auteur de la sommation, ne commet aucune faute en refusant de payer[13]. — L'interpellation faite par un simple gérant d'affaires est inopérante, le débiteur ne doit pas y voir une invitation de payer faite d'après la volonté du créancier[14], peu importe que la gestion d'affaires ait été ratifiée plus tard par le créancier, car le motif de la règle subsiste. La sommation faite par le gérant d'affaires n'est valable que si la dette dont il s'agit résulte de la gestion même; dans ce cas, le gérant étant personnellement créancier, somme valablement le débiteur et le constitue en demeure vis-à-vis de lui; le maître profite de cette demeure comme de l'ensemble de la gestion. Ainsi un gérant d'affaires vend une chose et somme l'acheteur de payer le prix; l'acheteur sera en demeure et devra les intérêts moratoires[15].

3° La sommation doit être faite au débiteur ou à son représentant[16]. Le débiteur doit être capable de payer, autrement la sommation de payer n'a pas d'objet; s'il est incapable, il a besoin d'être interpellé avec l'autorisation de son tuteur ou le consentement de son curateur, ou bien l'interpellation doit se faire au tuteur ou au curateur lui-même[16]. Peut encore être interpellé le mandataire du débiteur, pourvu qu'il ait reçu un mandat spécial de payer, ou que cette autorisation résulte implicitement d'un autre mandat, par exemple d'un mandat général; faite à un mandataire qui n'est pas chargé de payer, la sommation de payer manque d'objet[17]. Un simple gérant d'affaires du débiteur n'est pas valablement interpellé.

4° La sommation doit se faire là où le créancier peut exiger le payement[18]. Toutefois, par la nature des choses, la sommation judiciaire se fait d'une manière valable au lieu de la poursuite.

5° La sommation peut se faire immédiatement, si la dette est pure et simple, et seulement après l'échéance, si la dette est à terme[19].

(13) Cf. D. 16, 3, *depos.*, L. 13 pr., et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 42.

(14) Cf. D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 5, § 12 i. f. (L. 6 § 10 i. f.).

(15) D. *h. t*, L. 24 § 2 initio. — (16) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 24.

(17) C'est pourquoi la sommation ne peut se faire à un mandataire *ad litem* du débiteur. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 23 pr.; ce passage prouve seulement que lorsque le débiteur s'est absenté pour service public, sans avoir laissé un mandataire *ad litem*, il est mis en demeure par une protestation judiciaire, s'il a pu constituer un mandataire, tandis que, dans le cas contraire, la protestation judiciaire ne le constitue pas en demeure; cf. n° II, B, 3°, du présent paragraphe. Contra MOLITOR, cité, I, n° 315. Cf. sur l'ensemble de la question MOMMSEN, *Beiträge* III, § 7 i. f. et 28. — (18) Arg. D. *h. t.*, L. 32 pr. — (19) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 49 § 3.

B) Dans trois cas, le débiteur est constitué en demeure indépendamment d'une sommation; on appelle alors la demeure *mora ex re*, en lui opposant sous le nom de *mora ex persona* la demeure qui résulte d'une sommation (20).

1° Il se peut qu'un terme ait été ajouté à l'obligation dans le but de forcer le débiteur à payer précisément au jour convenu, de manière que l'obligation ne soit susceptible d'être utilement exécutée que ce jour. J'achète des chevaux en stipulant qu'ils me seront livrés à la foire prochaine; le vendeur est tenu de m'en faire la délivrance à cette époque; elle ne peut se faire utilement qu'alors, la tradition postérieure manquerait le but du contrat. Ici le débiteur sera en demeure par cela seul qu'il ne paye pas à l'échéance, une interpellation n'est pas nécessaire. En effet, si le débiteur tenu de payer à jour fixe ne paye pas à ce jour, il est manifestement en faute, il y a de sa part un retard coupable apporté à l'exécution de l'obligation; le retard est tellement coupable qu'il équivaut à l'inexécution totale de l'obligation; cette faute existe indépendamment d'une sommation et partant le débiteur doit être en demeure de plein droit. Une sommation n'aurait même pas d'objet dans l'espèce, elle ne pourrait se faire qu'après l'échéance, alors que l'exécution de l'obligation a perdu son utilité (21). Mais, sauf ce cas particulier, la seule expiration du terme ne constitue pas le débiteur en demeure; une sommation est nécessaire dans les obligations à terme, comme dans les obligations pures et simples. La demeure exige une faute; or, si le terme n'impose pas au débiteur l'obligation de payer à jour fixe, le débiteur n'est pas en faute en ne payant pas à l'expiration du terme convenu. Prenons un exemple. Quelqu'un a fait un prêt d'argent pour cinq ans; les cinq années s'écoulent sans que le remboursement se fasse. On ne saurait guère soutenir que ce non-remboursement implique une faute de la part de l'emprunteur; celui-ci est en droit de croire que le prêteur qui ne réclame pas la restitution du prêt, n'entend pas l'exiger et même qu'il désire maintenir un placement avantageux. L'abstention de l'emprunteur est parfaitement légitime; on ne peut exiger de lui qu'il

(20) D. *h. t.*, L. 32 pr. initio.

(21) C. 4, 49, *de A. E. V.*, L. 10 " Cum venditorem carnis fide conventionis rupta " tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti " interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire " potes „.

De la viande avait été vendue pour être livrée à jour fixe (tempore placito); le vendeur ne l'avait pas livrée à ce jour; l'acheteur peut agir en dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts sont dus par le seul effet de l'échéance; ils ne peuvent avoir leur cause que dans la demeure du vendeur; donc celle-ci avait été encourue de plein droit.

aille au-devant d'une demande de son créancier; avant d'adresser un reproche au débiteur, le créancier doit l'inviter à payer. De plus le terme est très généralement établi dans l'intérêt du débiteur; les parties n'ont d'autre but que de différer l'exigibilité de la dette; or, si le débiteur à terme se trouvait en demeure par la seule expiration du terme, le bénéfice du terme se retournerait contre lui; sa position serait plus défavorable que dans l'obligation pure et simple, contrairement à la volonté des parties[22]. On objecte que la fixation d'un terme pour l'exécution de l'obligation implique déjà une invitation de payer à l'échéance, c'est-à-dire une sommation, et que partant une interpellation spéciale manque d'objet; de là la maxime *dies interpellat pro homine**, le terme interpelle au lieu et place du débiteur. Le raisonnement est exact lorsque le terme impose au débiteur l'obligation de payer à jour fixe; c'est parce qu'un pareil terme contient une sommation que nous avons admis que, dans ce cas, le débiteur en retard est aussitôt en faute et en demeure. Mais lorsque le débiteur n'est pas tenu de payer à jour fixe, il est impossible de voir dans le terme une invitation de payer à jour fixe; loin que le terme implique alors une sommation de payer, il contient une défense pour le créancier de réclamer le payement avant l'échéance, toutes les fois qu'il est établi dans l'intérêt du débiteur, ce qui est la règle. On objecte encore qu'une interpellation faite à terme constitue le débiteur en demeure à l'arrivée du terme fixé par le créancier et qu'à plus forte raison un terme contractuel, accepté par le débiteur, doit avoir pour effet de mettre le débiteur en demeure le jour de l'échéance. Mais un terme contractuel n'implique pas du tout une invitation de payer à l'expiration du terme[23].

(22) A l'appui du même système, on pourrait dire encore que le seul effet de l'expiration du terme est de rendre l'obligation pure et simple et que le débiteur conditionnel n'est pas non plus constitué en demeure par le seul accomplissement de la condition. Mais cet argument contient une pétition de principe; il s'agit de prouver que l'obligation devenue exigible ne diffère pas de l'obligation pure et simple dès l'origine ou devenue telle par l'accomplissement d'une condition suspensive.

(23) Les lois romaines ne sont décisives en aucun sens. Mais les principes généraux tels que nous venons de les développer sont favorables à notre thèse et il y a lieu de les appliquer dans le silence de nos sources. D'ailleurs, sans être catégoriques, les textes nous sont plutôt favorables. Ils statuent que la demeure n'a pas lieu de plein droit, qu'elle exige une sommation; D. *h. t.*, L. 32 pr. « Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit ». Il faut suivre cette règle pour l'obligation à terme; aucun texte n'y déroge pour cette obligation et une exception ne se présume point. Nous invoquons en outre, du moins par analogie, le D. *h. t.*, L. 17, § 4, Paul, « Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet ».

« Celui qui est poursuivi par l'*actio locati*, s'il n'a pas été convenu qu'il

2° Les possesseurs en vertu d'un délit sont de plein droit en

« devrait les intérêts de l'argent tardivement payé, doit seulement prester les « intérêts à raison de la demeure ».

Le preneur est débiteur à terme du prix convenu, cependant en principe il ne doit pas les intérêts par cela seul qu'il ne paye pas à l'échéance; il ne les doit que s'il a été mis en demeure, donc après la sommation. On objecte qu'il s'agit ici d'un terme légalement fixé; mais l'époque à laquelle le prix du bail est payable, est fort souvent déterminée par la convention et alors même que, par hypothèse, Paul n'aurait eu en vue que le terme légal pour le payement du loyer ou du fermage, encore faudrait-il étendre sa décision par analogie au terme contractuel, car ce terme légal se fonde sur la volonté présumée des parties.

Nous nous abstenons d'invoquer le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 49 § 3. D'après ce passage, le débiteur à terme d'un esclave n'est pas tenu lorsqu'il a été interpellé avant l'échéance et que l'esclave est décédé après l'interpellation. Le motif de la décision est que l'interpellation faite avant l'échéance étant nulle ne constitue pas le débiteur en demeure. On pourrait tirer un argument de ce texte s'il était dit que l'esclave est décédé *après* l'expiration du terme convenu; alors le jurisconsulte partirait de ce point de vue que la seule arrivée du terme ne produit pas la demeure. Mais l'esclave n'est pas représenté comme mort après l'échéance, et dès lors le passage ne prouve pas contre la règle *dies interpellat pro homine*.

Non obstant: 1° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 33, Pomponius, " Si Stichus certo die dari " promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor „.

" Si Stichus, qu'on avait promis de donner à un jour déterminé, décède avant " ce jour, le promettant n'est point tenu „.

On argumente *a contrario* de cette loi. De ce que le débiteur à terme est libéré lorsque Stichus décède avant l'arrivée du terme, on conclut que si le décès est postérieur à l'échéance, la perte est pour le débiteur; donc celui-ci serait en demeure par la seule expiration du terme. Cette argumentation *a contrario* n'a pas de valeur.

2° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 114, Ulpien, « Si fundum certo die praestari stipuler « et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur, consecuturum me « quanti mea intersit moram facti non esse ».

« Si je stipule la prestation d'un fonds de terre à un jour convenu et qu'il ait « dépendu du promettant de prester le fonds au dit jour, j'obtiendrai la répara- « tion du dommage causé par la demeure ».

Ainsi, dit-on, par cela seul que la tradition du fonds n'a pas eu lieu au jour convenu (ea die), le débiteur est en demeure; il doit l'être indépendamment d'une sommation, puisque la sommation n'est possible qu'après l'échéance. Il faut reconnaître que la loi 114, interprétée littéralement, a cette portée. Mais il existe une autre interprétation tout aussi acceptable. La demeure du débiteur exige d'abord que le fonds n'ait pas été livré au jour convenu; elle exige en outre que ce défaut de tradition soit imputable au débiteur; le jurisconsulte insiste même beaucoup plus sur le second point que sur le premier, qu'il mentionne d'une façon accessoire, à l'occasion de l'autre, par les deux mots " ea die „; or la non-tradition ne peut pas être reprochée au débiteur, s'il n'a pas été sommé de livrer. Cette explication s'écarte du sens littéral de la loi 114. Mais, à un autre point de vue encore, il faut abandonner ce sens littéral; lorsque le débiteur d'un fonds de terre ne le livre pas à l'échéance, il est seulement en demeure si le créancier s'est présenté pour recevoir la délivrance de l'immeuble; cf. le paragraphe suivant n° II, ce qu'il ne peut faire qu'après l'échéance; la demeure est

demeure. Une sommation est inutile pour les constituer en faute, ils sont coupables par le seul effet de leur délit. Tels sont le

donc impossible à l'instant de l'expiration du terme. Cf. MOMMSEN, *Beiträge* III, § 10, p. 88-90, et § 11, p. 109 et note 25.

3° C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 10. Cette loi fait résulter la demeure de la seule expiration du terme, mais elle s'applique à une espèce où le débiteur devait payer à jour fixe et ne pouvait payer utilement que ce jour; cf. note 21 du présent paragraphe.

4° C. 8, 37, *de contr. et committ. stipul.*, L. 12. Un débiteur à terme promet une peine pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation à l'époque convenue; il laisse passer cette époque sans payer. Justinien décide que la peine est aussitôt encourue, sans qu'une sommation soit nécessaire. Le débiteur, dit-il, doit se rappeler lui-même sa promesse, il ne faut pas que le créancier la lui rappelle. On invoque à la fois le dispositif et le motif de cette loi, mais à tort. On ne peut tirer aucun argument de la décision; car, pour que la peine soit encourue, une demeure du débiteur n'est pas requise; la règle proclamée par la loi 12 est donc étrangère à la théorie de la demeure. Quant au motif sur lequel Justinien fonde sa décision, il vaut seulement pour le cas de la loi 12. D'ailleurs la véritable raison pour laquelle le débiteur à terme encourt la peine dès qu'il ne paye pas à l'échéance, c'est qu'il l'a promise pour ce moment; § 308, 1°.

5° C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 2 § 1. D'après ce texte, l'emphytéote est déchu de son droit si, pendant trois ans, il s'abstient de payer la rente ou les impôts, sans qu'il soit besoin d'une interpellation; tout débiteur, dit Justinien, doit payer spontanément. Ici encore il n'est pas question de demeure et le motif de la loi, bien que l'empereur le représente comme général (L. 2 § 1 i. f.), ne saurait nous lier dans la théorie de la demeure. Il est d'autant moins décisif que pris à la lettre on devrait l'appliquer aussi aux dettes pures et simples; le D. *h. t.*, L. 17 § 4, n'en tient aucun compte dans le louage.

Le droit byzantin (*Basiliques* XXIII, 1, c. 5, scol. 4 (HEIMBACH, II, p. 593). — HARMÉNOPOUL, III, 3, § 43) adopta la règle *dies interpellat pro homine;* mais on n'est pas autorisé à en argumenter au point de vue de la législation de Justinien.

La règle fut généralement acceptée par les commentateurs du droit romain jusqu'au début du XIXe siècle; CUJAS, *Recit. in lib.* VIII C. *ad tit.* 37 *ad.* L. 12, *Opera omnia* IX, col. 1921-1925, éd. de Prato. — DONEAU, *De mora*, n°s 10 et ss. — GLÜCK, IV, § 329, p. 404. SAVIGNY, dans ses leçons, s'éleva contre elle avec toute l'autorité de son talent et son opinion peut être considérée aujourd'hui comme dominante; WOLFF, cité, § 27-29. — GOESCHEN, II (2), § 417, A. i. f. — UNTERHOLZNER, cité, I, § 55, n° VII. — PUCHTA, *Pand.*, § 269 et note q, *Vorles.* II, § 269 i. f. — MOLITOR, cité, I, n°s 348-357. — MOMMSEN, *Beiträge* III, § 10. — SINTENIS, II, § 93 et note 71. — ARNDTS, § 251, 1 et *Anm.* 6. — BRINZ, II, § 272 i. f. — KELLER, § 252. — WINDSCHEID, II, § 278, 1, surtout note 5, du moins au point de vue du droit romain. — GIRARD, p. 646 et note 5. Cf. MAYNZ, II, § 179 i. f.

Contra MACKELDEY, II, § 345, 1, *b*, THIBAUT, I, § 99 initio, MADAI, cité, § 16-24, MÜHLENBRUCH, II, § 355 et note 8, SCHILLING, III, § 237 et note r, VANGEROW, III, § 588, *Anm.* 2, et ORTOLAN, III, n° 1657 initio.

NAMUR, I, § 227, 5, pense que la question de savoir si le débiteur à terme doit être sommé pour être mis en demeure, dépend des circonstances.

Voyez encore ANSPACH JULES, *De l'adage dies inter ellat pro homine*, Bruxelles, 1853.

voleur[24] et le possesseur violent[25]. Mais le simple possesseur de mauvaise foi a besoin d'être sommé par le propriétaire; jusque-là il n'est pas en faute s'il ne lui restitue pas la chose, il peut même ne pas connaître le propriétaire[26].

3° La demeure a encore lieu indépendamment d'une sommation si celle-ci est rendue impossible par des circonstances relatives au débiteur; le créancier ne doit pas souffrir de cette impossibilité. Mais il doit manifester par une protestation judiciaire sa volonté d'être payé[27]. En parlant d'un empêchement de sommer résultant de circonstances relatives au débiteur, nous supposons la culpabilité de celui-ci; s'il est exempt de faute, la protestation, comme la sommation, est impuissante à le constituer en demeure[28]. On peut donc mettre en demeure par une protestation judiciaire un débiteur absent, c'est-à-dire un débiteur qui ne se rencontre pas au lieu où la sommation doit lui être faite[29] et qui n'y a pas laissé de mandataire, alors qu'il aurait pu en nommer un[30]. Il faut en dire autant d'un débiteur inconnu par sa faute, ce qui arrivera si l'héritier du débiteur originaire s'est abstenu sans motif, pendant un certain temps, d'accepter la succession à laquelle il était appelé[31]. Mais le créancier ne peut pas remplacer la sommation par une protestation à l'égard d'un débiteur incapable d'être valablement sommé et n'ayant pas de tuteur ou de curateur; la culpabilité du débiteur fait défaut dans l'espèce[32].

III. Lorsque le créancier a sommé le débiteur de payer une dette

(24) D. 13, 1, *de cond. furt.*, L. 8 § 1 i. f., L. 20 i. f.

(25) D. 43, 16, *de vi*, L. 1 § 34 i. f. et 35.

(26) Mommsen, *Beiträge* III, § 9 i. f. Contra Mühlenbruch, II, § 355 et note 4.

(27) D. *h. t.*, L. 23 § 1; D. 22, 2, *de naut. faen.*, L. 2.

(28) Cf. D. 36, 4, *ut in poss. legat.*, L. 5 § 20.

(29) Ce lieu est celui du payement; cf. n° II, A, 4°, du présent paragraphe.

(30) D. *h. t.*, L. 23 § 1 cbn. avec le pr.

(31) Cf. D. 36, 4, *ut in poss. legat.*, L. 5 § 20 i. f.

(32) Arg. L. 5 § 20 cit. initio. Windscheid, II, § 278, 4 et note 12, combat à juste titre Mommsen, *Beiträge* III, § 9, note 6, lequel restreint la protestation judiciaire au cas d'absence du débiteur.

On a en outre voulu admettre une demeure de plein droit au profit des mineurs (arg. D. 34, 4, *de adim. v. transfer. leg.*, L. 3 § 2, D. 40, 5, *de fideic. libert.*, L. 26 § 1 i. f., et C. 2, 40 (41), *in quib. caus. in integr. restit.*, L. 3) et du fisc (arg. D. *h. t.*, L. 17 § 5, et D. 39, 4, *de public.*, L. 10 § 1) à raison de créances quelconques, en faveur des établissements d'utilité publique dans le cas où un legs leur a été fait (arg. C. 1, 3, *de episc. et cler.*, L. 45 (46) § 4, et Nov. 131, c. 12), en faveur de la dot lorsqu'il s'agit du payement d'une dot adventice [arg. C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 31 § 5-8 (2)] ou bien de la restitution d'une dot quelconque (arg. C. 5, 13, *de rei uxor. act.*, L. un. § 7b initio) et en faveur de l'affranchissement fidéicommissaire; arg. D. 40, 5, *de fideic. libert.*, L. 26 § 1, L. 53 pr.

En ce qui concerne les mineurs, le fisc et les établissements d'utilité publique

susceptible d'être efficacement poursuivie en justice ou bien qu'il a remplacé cette sommation par une protestation judiciaire, d'après les règles exposées ci-dessus, le débiteur n'est pas nécessairement en demeure. Le retard qu'il a apporté à l'exécution de l'obligation peut ne pas lui être imputable; il est admis à produire de justes causes d'excuses, des *excusationes a mora**. Pour ne pas parler du cas où l'exécution de son obligation est devenue accidentellement impossible, ce qui amène l'extinction de la dette, le débiteur n'est pas en demeure s'il a été empêché de payer par une circonstance relative au créancier, alors même qu'elle ne serait pas imputable à ce dernier, par exemple le débiteur n'a trouvé au lieu du payement ni le créancier, ni son représentant(33), le créancier était inconnu, ou bien incapable de recevoir le payement et dépourvu du tuteur ou du curateur nécessaire. Mais de plus, comme nous l'avons démontré(34), la demeure du débiteur est exclue s'il a été empêché de payer par des circonstances relatives à sa personne qui ne peuvent pas lui être reprochées, notamment s'il a été empêché de se rendre au lieu du payement par suite d'un accident, tel qu'une maladie, un naufrage ou la privation de la liberté(35), s'il a été dépouillé de l'argent destiné au payement et qu'il n'ait pu en emprunter d'autre immédiatement, s'il avait de justes motifs de douter de l'existence de la créance ou bien de la qualité du créancier ou de son représentant(36), etc.(37).

les textes sur lesquels on base la *mora ex re*, parlent seulement d'une obligation légale de payer les intérêts pour cause de retard; de plus les établissements d'utilité publique ont droit aux fruits. Mais les autres effets de la demeure sont exclus, parce que les conditions de celle-ci ne se rencontrent pas. Si ces textes emploient le mot *mora*, ils ont en vue un retard matériel; aussi d'autres lois déclarent-elles qu'il n'y a pas *mora*, c'est-à-dire demeure dans le sens technique; D. 31, *de leg. 2°*, L. 87 § 1; C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 5. — Quant à la dot, les lois citées n'établissent non plus qu'une obligation légale de payer des intérêts et des fruits. — La *mora ex re* dont il est question relativement aux affranchissements fidéicommissaires est aussi un simple retard, qui produit certains effets particuliers quant à l'ingénuité des enfants de la femme qu'il s'agit d'affranchir, mais nullement les effets de la demeure.

Voyez en ce sens MOMMSEN, *Beiträge* III, § 12-13, MAYNZ, II, § 179, note 12, et, sauf pour les mineurs, WINDSCHEID, II, § 278 et note 13.

(33) D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 4 § 4; D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 18 pr.

(34) Paragraphe précédent n° 1. — (35) D. *h. t.*, L. 23 pr.

(36) Cf. D. 16, 3, *depos.*, L. 13 pr., et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 42.

(37) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 22 i. f.; D. *h. t*, L. 21-22.

§ 302. CONDITIONS DE LA DEMEURE DU CREANCIER.

I. Pour que le créancier soit en demeure, il faut que le débiteur ait fait inutilement des offres de payer qui réunissent toutes les conditions requises pour un payement valable, à part l'acceptation du créancier. C'est seulement lorsque ces conditions concourent, que le créancier est coupable de faute pour avoir refusé les offres; l'une d'elles manquant, le refus du créancier est légitime, ce qui exclut la demeure. Mais lorsque les offres réunissent les conditions d'un payement valable, le créancier qui les refuse, est en faute et partant en demeure. D'après cela :

1° L'offre peut être faite par toute personne capable de payer[1] et à toute personne capable de recevoir le payement. La règle n'admet qu'une seule modification fondée sur la nature des choses. Tandis que le payement est valablement reçu par un représentant ayant qualité à cet effet, le refus d'un représentant de recevoir le payement ne constitue le créancier en demeure que si le représentant avait qualité pour refuser les offres. Le créancier est en demeure si les offres sont refusées par son tuteur ou curateur ou bien par un mandataire chargé de l'administration de tous ses biens; ces personnes peuvent faire des actes ordinaires de gestion et le refus du payement est un pareil acte. Il en est autrement si le refus émane, soit d'un mandataire spécialement autorisé à recevoir le payement dont il s'agit, ce mandataire fût-il un *adjectus solutionis causa*, soit d'un mandataire chargé de l'ensemble des recettes de son principal; en refusant le payement, ces mandataires excèdent leur mandat, leur refus est nul et ne peut donner lieu à une demeure du créancier[2].

2° L'offre doit porter sur la chose due elle-même et sur cette chose tout entière[3]. Mais suffit-il que le débiteur fasse des offres verbales de payer, ou bien doit-il faire des offres réelles, c'est-à-dire des offres accompagnées de la présentation matérielle de la chose due? La question se présente pour les choses mobilières et pour les faits de l'homme. L'offre doit réunir toutes les conditions d'un payement valable. Donc, si la dette est payable au domicile du créancier, le débiteur est tenu de faire des offres réelles à ce domicile[4]. De même, si la dette est payable à un endroit déterminé,

(1) D. 46, 3, *de solut.*, L. 72 § 2 i. f.

(2) Voyez Molitor, cité, I, n° 322, Mommsen, *Beiträge* III, § 33, p. 314-315, et Windscheid, II, § 345, 2. — (3) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 21; D. *h. t.*, L. 41 § 1.

(4) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 72 § 3 i. f. Voyez en ce sens Koch, cité, I, § 33, p. 353-354, et Mommsen, *Beiträge* III, § 15, p. 142. Mais *quid* si le débiteur a notifié au créancier son intention de lui présenter la chose et que le créancier ait répondu qu'il ne l'accepterait pas? Cette circonstance ne dispense pas le débiteur de la présentation matérielle de la chose due. Le refus réel prouve

distinct des domiciles du créancier et du débiteur, des offres réelles doivent être faites à cet endroit(5). Mais lorsque le débiteur peut payer à son propre domicile et que le créancier est obligé d'y accepter le payement, des offres réelles sont inutiles; il suffit que le débiteur fasse savoir au créancier que la chose due est à sa disposition et qu'elle le soit effectivement. De pareilles offres, bien que simplement verbales, réunissent toutes les conditions d'un payement valable, sauf que le créancier a refusé d'être payé; ce refus est une faute, qui doit le constituer en demeure. Si dans l'espèce on décidait que le débiteur doit présenter la chose au créancier, il serait dépouillé de son droit contractuel de payer chez lui et il en serait dépouillé par le refus injuste du créancier de recevoir le payement là où il doit le recevoir(6). En supposant des offres réelles obligatoires, le débiteur est tenu de présenter la chose à un endroit où le créancier doit en accepter le payement(7); donc, s'il s'agit de choses fongibles, l'offre réelle ne peut pas se faire en un lieu inopportun(8).

3° Lorsqu'un terme a été ajouté à l'obligation dans l'intérêt du créancier, le debiteur ne peut faire des offres valables qu'après l'expiration du terme(9).

Par dérogation à la règle, la demeure du créancier a lieu de plein droit indépendamment d'une offre de payer, lorsque cette offre est impossible par suite de circonstances relatives au créancier; pareille impossibilité ne doit pas nuire au débiteur. Pour le créancier comme pour le débiteur il y a une *mora ex re*. Mais ici également le débiteur doit remplacer l'offre de payer par un équivalent, une protestation judiciaire [1]), et, comme l'offre, cette

l'intention arrêtée du créancier d'empêcher l'exécution de l'obligation; il le constitue en faute et en demeure. Un refus verbal n'a pas la même signification, ce n'est qu'une parole. En ce sens Koch, cité, I, § 33, p. 354 et note 3. Contra Mommsen, *Beiträge* III, § 15, p. 144-145 et note 6.

(5) Arg D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 3 § 4 i. f. Il ne suffit pas que l'exécution de l'obligation ait été préparée au lieu où elle devait se faire et que le créancier en ait été informé, comme paraît l'admettre Mommsen, *Beiträge* III, § 15, p. 141-142. Le débiteur doit se présenter au lieu du payement, car autrement le créancier, eût-il été présent, n'aurait pas été payé; cf. Koch, cité, I, § 33, p. 356-357. Un refus verbal du créancier n'a pas plus d'importance que dans l'espèce précédente.

(6) Arg. D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 4 § 2 i. f. Voyez en ce sens Koch, cité, I, § 33, p. 356, et Mommsen, *Beiträge* III, § 15, p. 141-142. Contra Molitor, cité, II, n° 983 initio, et Maynz, II, § 290 initio. Voyez contre la nécessité générale des offres réelles Koch, cité, I, § 33, Müller, *De depositione judiciali juris romani* § 4, p. 41-61, Mommsen, *Beiträge* III, § 15, p. 141-145, et au fond aussi Windscheid, II, § 345, 1 et note 3. — (7) C. 8, 42 (43). *de solut.*, L. 9.

(8) D. 46, 3, *de solut.*, L. 39, vis quid enim, si inopportuno tempore vel loco optulerim? — (9) Cf. le même passage. — (10) C. 4, 32, *de usur.*, L. 6 i. f

protestation constitue seulement le créancier en demeure pour autant qu'une faute lui soit imputable[11]. La demeure du créancier peut donc résulter d'une protestation judiciaire lorsqu'il est absent, c'est-à-dire ne se trouve pas au lieu du payement, et qu'il a négligé d'y laisser un représentant[12], lorsqu'il est inconnu par sa faute, par exemple le créancier originaire étant décédé, celui qui est appelé à sa succession, s'abstient sans motif pendant un certain temps d'en faire l'acceptation, ou bien lorsque le créancier refuse de procéder à certaines opérations préliminaires aux offres telles que la liquidation de la créance[13], le compte, la pesée ou le mesurage des marchandises qu'il s'agit de livrer. Mais la protestation est impuissante vis-à-vis d'un créancier incapable de recevoir le payement et dépourvu du tuteur ou du curateur nécessaire; l'absence de faute chez l'incapable exclut sa demeure[14].

II. La demeure du créancier ne résulte pas toujours de son refus d'accepter les offres de payement ou bien de la protestation judiciaire qui tient lieu des offres. Même alors le créancier peut ne pas se trouver en faute; il peut avoir de justes causes d'excuse, des *excusationes a mora**. Notamment le créancier ne sera pas en demeure s'il avait de justes motifs de refuser le payement tel qu'il lui était offert, par exemple l'héritier du créancier doutait de sa qualité[15], ou bien s'il a été empêché de se rendre au lieu du payement par suite d'un accident tel qu'une maladie, l'interruption des communications, un naufrage ou la privation de la liberté[16]. Lorsque le débiteur et le créancier ont fait défaut au lieu du payement, le jour où celui-ci devait se faire, ni l'un ni l'autre ne sont en demeure. Le créancier ne l'est pas, puisqu'on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir accepté des offres qui ne lui ont pas été faites[17]. Le

(11) Arg. C. 8, 27 (28), *de distract. pignor.*, L. 5. — (12) C. 4, 32, *de usur.*, L. 6 i. f.

(13) C. 8, 27 (28), *de distract pignor.*, L. 5; C. 5, 56, *de usur. pupill.*, L. 4. Dans l'espèce le créancier doit être sommé de liquider la créance et, à défaut de le faire, il sera en demeure.

(14) Arg. D. 36, 4, *ut in poss. legat.*, L. 5 § 20 initio. Que décider lorsque le créancier a déclaré d'avance qu'il refuserait les offres si elles lui étaient faites? Le débiteur n'en doit pas moins faire des offres ordinaires, réelles ou verbales; le refus, de la part du créancier, des offres qui ne lui sont pas encore faites, ne prouve pas nécessairement qu'il refusera le payement quand il lui sera dûment présenté; on n'a donc pas le droit de dire que l'offre de payer constitue une vaine formalité. Cf. note 4 du présent paragraphe. En ce sens Mommsen, *Beiträge* III, § 18, p. 176-177. Contra Wolff, cité, § 31-32, Molitor, cité, I, n° 328 i. f., et Sintenis, II, § 93, p. 218-219.

(15) Arg. D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 17, et D. 46, 3, *de solut.*, L. 72 pr.

(16) Arg. D. *h. t.*, L. 23 pr. Cf. § 300, 1°.

(17) La demeure du créancier absent au lieu du payement exige une protestation judiciaire; C. 4, 32, *de usur.*, L. 6 i. f. Cf. n° I i. f. du présent paragraphe.

débiteur ne l'est pas non plus, car il n'est pas coupable de ne pas avoir fait des offres qui n'eussent pas été acceptées si elles avaient été faites. La demeure suppose que le retard apporté à l'exécution de l'obligation ait été causé par l'une des parties seulement; dans l'espèce, il a été causé par le débiteur et par le créancier[18].

§ 303. EFFETS DE LA DEMEURE DU DÉBITEUR.

I. Conformément au principe général sur les effets de la demeure[1], le débiteur en demeure est tenu de réparer tout le dommage causé au créancier par son retard coupable; c'est la conséquence naturelle de sa faute[2]. D'après cela :

1° A partir de sa demeure, le débiteur répond indistinctement de la faute légère en ce qui concerne la garde et la conservation de la chose, alors même que jusqu'ici il n'était tenu que de la faute lourde; sans la demeure du débiteur, le créancier payé aurait pu garder la chose avec les soins d'un bon père de famille. Donc, si la chose périt ou se détériore par sa faute, le débiteur doit toujours indemniser le créancier. Il y a plus : jusqu'à un certain point, il supporte les accidents et doit payer la valeur de la chose qui a péri accidentellement et tenir compte des détériorations fortuites. Il supporte la perte ou la détérioration accidentelle, d'abord si l'accident arrivé chez lui ne fût pas survenu chez le créancier. Tel est le cas où la foudre détruit la maison du débiteur et la chose due qui s'y trouvait; la maison du créancier a été épargnée et partant la chose due l'eût été également chez le créancier[3].

(18) Les sources sont muettes sur la question. Le D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 51 pr., et le D. 18, 6, *de P. et C. E. V.*, L. 18 (17), vis Quod si....., sont relatifs à des demeures *successives* du vendeur et de l'acheteur; ils consacrent la règle que la seconde demeure purge la première et subsiste seule; cf. § 305, I, 2°. Cela n'est pas douteux pour la seconde loi, qui, à trois reprises, parle d'une « posterior mora ». Labéon est moins précis dans le premier texte; mais son opinion est reproduite dans le second, uniquement au point de vue de deux demeures successives.

Voyez en ce sens Madai, cité, § 70, Unterholzner, cité, I, § 52, n° III, 1, et § 60, I, 1 et note d, Wolff, cité, § 46, A, 4°, p. 513-514, Puchta, *Pand.*, § 270 i. f., et *Vorles.* II, § 270 i. f., Molitor, cité, I, n° 339, Mommsen, *Beitrage* III, § 36, p. 340-343, et Sintenis, II, § 93, et *Anm.* 148.

Quelques auteurs (Glück, IV, § 330, p. 424-425. — Mackeldey, II, § 346, 3, éditions personnelles. — Thibaut, I, § 98 i. f. — Mühlenbruch, II, § 358, note 6. — Maynz, II, § 180 i. f.) admettent une demeure simultanée des deux parties, en compensant les deux demeures, ce qui conduit au même résultat pratique que si on exclut toute demeure. La théorie veut aussi ce résultat.

(1) Cf. § 300, 3°. — (2) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 114.

(3) D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 11, vis Sed et si non culpa... .... observatur; D. 10, 4, *ad exhib.*, L. 12 § 4.

Mais alors même que l'accident se serait aussi produit chez le créancier, par exemple si la foudre a détruit les deux maisons du débiteur et du créancier avec tout leur contenu, le risque retombera encore sur le débiteur en demeure si le créancier eût vendu la chose avant l'accident, en supposant qu'il l'eût eue entre les mains, tandis que, faute de la posséder, il n'a pu la vendre(4). Dans les deux cas, la demeure du débiteur cause un préjudice au créancier; dans le premier, elle le prive de la chose d'une manière absolue; dans le second, elle le prive de la chose au point de vue de la vente et des avantages de celle-ci; car il est de principe que si la chose vendue périt ou se détériore fortuitement après la vente, le vendeur n'en a pas moins droit au prix convenu(5). En réalité, le débiteur ne supporte pas ici un accident; sa demeure implique une faute; c'est de celle-ci et de ses conséquences qu'il est responsable; il y a dans l'espèce un *casus culpa determinatus**(6). Nos sources expriment cet effet de la demeure du débiteur en disant que l'obligation est perpétuée par la demeure; *mora perpetuatur obligatio*(7); cela signifie que le débiteur en demeure reste obligé malgré la perte fortuite de la chose due; comme il ne peut plus livrer la chose elle-même, il en doit la valeur. Mais l'obligation du débiteur en demeure est seulement perpétuée sous les deux rapports indiqués(8). — En ce qui concerne la preuve, elle incombe au débiteur; c'est au débiteur d'établir que l'accident se serait aussi produit chez le créancier *et* que celui-ci n'eût pas vendu la chose avant l'accident. Le motif est le suivant. Le débiteur doit prouver le cas fortuit sur

(4) D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 11, vis Itaque interdum.....; D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 15 § 3. — (5) Cf. § 299, I.

(6) Cf. § 294, III. — (7) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91 § 3 initio et 4.

(8) On l'a contesté et soutenu que le débiteur en demeure supportait d'une manière absolue les risques et périls (Madai, cité, § 44-47. — Schilling, III, § 238 initio). Cette opinion n'est pas fondée. Si plusieurs lois énoncent sans réserve le principe de la responsabilité du débiteur en demeure, elles doivent être complétées par les autres qui contiennent les restrictions. Voyez en ce sens Wolff, cité, § 40, p. 461-466, Thibaut, I, § 97, n° I, 1, Molitor, cité, I, n° 332, Vangerow, III, § 588, *Anm.* 3, Windscheid, II, § 280, 2 et note 15, Maynz, II, § 180 et note 6, et, en principe aussi, Savigny, *System* VI, § 274, et Mommsen, *Beiträge* III, § 20. On a surtout voulu soumettre à une responsabilité absolue le voleur et le possesseur violent : Goeschen, II (2), § 418, I, 2, Mühlenbruch, II, § 357, n° I, 1, Puchta, *Pand.*, § 268, note c, Molitor, cité, I, n° 332, et Keller, § 252 i. f. Mais il est certain que c'est uniquement à raison de la demeure que le voleur et le possesseur violent supportent les risques (D. 13, 1, *de cond. furt.*, L. 8 § 1, L. 20); donc les textes relatifs aux débiteurs en demeure leur sont applicables. De plus, une loi exclut directement la responsabilité absolue du défendeur à l'interdit *Unde vi*; D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 11 i. f. Voyez en ce sens Wolff, Thibaut, Mommsen, Vangerow, Windscheid et Maynz, loc. cit. Ancien droit romain : Pernice, *Labeo* II (2), p. 137-142.

le fondement duquel il se prétend libéré[9]; or, quand il a été mis en demeure, les événements qui, considérés en eux-mêmes, constituent des accidents, lui sont en réalité imputables toutes les fois que l'accident ne fût pas survenu chez le créancier ou bien que celui-ci eût vendu la chose avant l'accident; à vrai dire, le cas fortuit existe seulement si la perte ou la détérioration aurait aussi atteint la chose chez le créancier *et* que ce dernier n'eût pas vendu la chose plus tôt; le débiteur doit donc établir ce double point, c'est le double élément du cas fortuit qu'il allègue. Une présomption qui dispense de l'une ou de l'autre de ces preuves, n'est pas possible; on ne peut présumer ni que la perte ou la détérioration serait survenue aussi chez le créancier, ni que celui-ci n'eût pas vendu la chose avant l'accident; la question de savoir s'il l'eût vendue dépend des circonstances[10].

Si la demeure du débiteur met jusqu'à un certain point à sa charge les risques et périls, d'autre part le créancier conserve son droit à tous les avantages provenant de la chose due, au *commodum rei*[11]. Parmi ces avantages, les fruits méritent une attention spéciale. Pas de doute que le débiteur doive restituer tous les fruits perçus[12]. Il est non moins évident qu'il doit compte

(9) Cf. § 297.

(10) Les sources ne s'occupent pas directement de la question; mais les indications qu'elles contiennent, nous sont favorables. Le D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 § 6, et le D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 40 pr., posent le principe général que le débiteur en demeure doit la valeur de la chose qui a péri fortuitement, *parce que* le créancier aurait pu la vendre avant sa perte; dès lors c'est au débiteur de prouver que la règle ne lui est pas applicable, parce que son motif n'existe point. A la vérité le D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 15 § 3 i. f., et le D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 11 i. f., n'accordent au créancier l'estimation de la chose qui a péri accidentellement après la demeure, que *s'il* l'eût vendue. Mais le D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 11 i. f., et le D. 10, 4, *ad. exhib.*, L. 12 § 4, n'obligent non plus le débiteur en demeure à supporter le risque que *si* la perte ne fût pas survenue chez le créancier; cependant il est certain que, sous ce dernier rapport, la preuve incombe au débiteur. Dans ces différentes lois, le jurisconsulte n'entend pas résoudre le question de la preuve; il se borne à décider que le débiteur en demeure supporte seulement le cas fortuit sous certaines conditions.

Voyez en ce sens Unterholzner, cité, I, § 58, n° I et note 1, Savigny, *System* VI, § 274, Molitor, cité, I, n° 332 i. f., Mommsen, *Beiträge* III, § 20, p. 196-197, Vangerow, III § 588, *Anm.* 3, p. 200, et Windscheid, II, § 280, 2.

Contra Wolff, cité, § 40, p. 466-467, Cohnfeldt, *Die Lehre vom Interesse*, § 14, p. 196-197, Sintenis, II, § 93, note 44 i. f., et Maynz, II, § 180, A, 1° et note 6. Selon ces auteurs, le débiteur doit seulement établir que l'accident serait aussi survenu chez le créancier; si, après cela, le créancier objecte qu'il eût vendu la chose avant l'accident, ce serait à lui de fournir la preuve de cette allégation.

(11) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 17 § 1; D. *h. t.*, L. 8, L. 14.

(12) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 17 § 1; D. *h. t.*, L. 8, L. 14, L. 38 § 7.

des fruits qu'il a négligé de percevoir, puisqu'il en a aussi privé le créancier[13]. Mais sa responsabilité ne s'arrête pas là; il doit encore compte au créancier des fruits que celui-ci aurait perçus par des soins supérieurs à ceux d'un bon père de famille, si le créancier était effectivement d'une diligence supérieure à celle de la moyenne des hommes et partant avait l'habitude de retirer de ses biens plus de fruits que les autres; car alors il lui a causé par sa demeure un préjudice spécial, il l'a privé de cet excédent de fruits[14]. La règle s'applique aux fruits civils comme aux fruits naturels, donc aux intérêts d'une quantité de choses fongibles autres que la monnaie, par exemple aux intérêts d'une quantité de blé; le débiteur doit, à partir de sa demeure, les intérêts du blé qu'il a perçus ou négligé de percevoir et ceux que le créancier eût perçus par une diligence exceptionnelle[15]. — Lorsqu'il s'agit de dettes d'argent, le créancier peut même réclamer, à titre de dédommagement, les intérêts de la somme due, sans devoir prouver un préjudice correspondant; les intérêts sont dus de plein droit, on les appelle intérêts moratoires. Leur taux est déterminé par l'usage des lieux[16]. C'est que la preuve du préjudice causé par le payement tardif d'une somme d'argent présente de grandes difficultés; il n'est guère possible d'établir que si on avait eu des fonds à sa disposition, on aurait perçu tel ou tel intérêt et cependant il est probable qu'on aurait retiré des fonds les intérêts usuels dans la localité; le créancier obtient ces intérêts de plein droit, sans devoir fournir aucune preuve. Mais s'il prouve un dommage supérieur aux intérêts légaux, il a droit à sa réparation. Lorsque ce dommage supérieur est constant, il n'existe aucun motif de ne pas en imposer la réparation au débiteur qui en a été la cause. Sans doute le créancier est avantagé en ce sens qu'il a droit aux intérêts légaux, quoique, en fait, il ait subi un dommage moindre; mais cet avantage il le tient de la loi et il est déjà compensé par le préjudice qu'il subit lorsque, en fait, il a subi un dommage supérieur sans pouvoir le prouver. Supposons que j'aie stipulé à Rome une certaine somme payable à

(13) I. 4, 17, *de off. jud.*, § 2 i. f.

(14) D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 12 pr.; D. 30, *de leg. 1°*, L. 39 § 1 initio. Si la chose due a péri et que le débiteur soit responsable de cette perte, les fruits sont dus même pour la période postérieure à la perte, jusqu'au moment du jugement; car, sans la demeure, le créancier eût profité des fruits jusqu'à ce moment; D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 17 § 1 initio.

(15) D. *h. t.*, L. 32 § 2; D. 30, *de leg. 1°*, L. 39 § 1 initio.

(16) D. *h. t.*, L. 1 pr.; D. 30, *de leg. 1°*, L. 39 § 1. Mais les intérêts ne peuvent pas dépasser le maximum de 6 °/₀ établi pour les intérêts conventionnels (D. *h. t.*, L. 1 pr. i. f.), car on n'a pas égard à une coutume locale qui déroge à une loi générale; C. 8, 52 (53), *quae sit longa consuet.*, L. 2. Cf. T. I, § 3, II, A i. f.

Éphèse, où je devais moi-même de l'argent sous une clause pénale; par suite de la demeure de mon débiteur, les fonds que je destinais au payement de ma propre dette, m'ont fait défaut; à raison de l'éloignement des lieux, je n'ai pu me procurer de l'argent à Éphèse et j'ai encouru la peine(17). Ou bien un commerçant stipule une somme d'argent, en vue d'acheter des marchandises; les fonds ne lui sont pas payés et il est empêché d'acheter les marchandises et de les revendre avec bénéfice(18). Dans les deux cas, le créancier qui prouve qu'il a subi un dommage dépassant les intérêts légaux, doit être indemnisé(19).

2° Lorsque la chose due diminue ou augmente de valeur après la

(17) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8. — (18) L. 2 § 8 cit. i. f.

(19) 1° D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8. Ulpien reconnaît ici qu'à l'action *de eo quod certo loco dari oportet*, le défendeur peut être condamné au delà du taux légal des intérêts « in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra « legitimum modum usurarum ». Le jurisconsulte applique ce principe au cas où quelqu'un avait stipulé à Rome de l'argent payable à Éphèse; faute d'avoir été payé, il avait encouru une peine ou vu vendre ses biens à vil prix. De même Ulpien décide que si le stipulant avait l'habitude d'acheter des marchandises et qu'il eût été empêché d'en acheter et de réaliser un bénéfice sur leur revente, il faut lui tenir compte de la privation de ce gain; il paraît certain que, ici également, le jurisconsulte n'admet pas une limitation résultant du taux légal des intérêts; cf. § 298, note 6, n° 2°.

2° D. 12, 3, *de in litem jurando*, L. 3. Dans ce texte, Ulpien décide que le serment *in litem* peut être déféré à l'occasion d'une dette pécuniaire, en vue d'estimer l'intérêt qu'avait le créancier à être payé au jour convenu, surtout s'il devait de l'argent sous clause pénale ou sur hypothèque. Ce serment *in litem* manque d'objet si le créancier est absolument limité aux intérêts légaux.

3° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 118 § 2. Lorsque, dit Papinien, j'ai stipulé 10 pour moi ou pour Titius, je fais une *stipulatio incerti* à raison de ma stipulation en faveur de Titius, car il se peut que je doive de l'argent à Titius sous clause pénale, auquel cas j'aurai un intérêt indéterminé à ce que mon débiteur paye entre les mains de Titius. Cet *incertum* ne se comprend que si la condamnation peut dépasser l'intérêt légal de la somme due. Il faut voir dans cette décision l'application du principe général défendu ici.

Cf. D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 20 (19), Hermogénien, " Venditori si emptor " in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne " omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit " et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit „.

Cette loi paraît contraire; elle suppose que l'acheteur est en demeure de payer le prix; le vendeur qui est un négociant, soutient que, s'il avait pu disposer de l'argent qui lui était dû, il en aurait retiré plus que l'intérêt légal. Il doit, d'après la décision d'Hermogénien, se contenter de cet intérêt. On peut concilier cette loi avec les trois précédentes en l'appliquant au cas où le vendeur n'établit pas le dommage allégué; arg. des mots « consequi *potuit* » et « quaerere *potuit* ». Cf. § 298, note 24 initio.

Voyez en ce sens Mommsen, *Beiträge* II, § 26, p. 286-287 et 292-295, Sintenis, II, § 86 et notes 21 et 24, § 93 et note 35, Vangerow, III, § 571, *Anm.* 3, n° 5,

demeure du débiteur, indépendamment d'une détérioration ou d'une amélioration intrinsèque, cette diminution et cette augmentation de valeur ne constituent autre chose qu'un *periculum* et un *commodum rei;* dès lors les règles précédentes sur les risques et les avantages de la chose due sont applicables. Le créancier aura droit à la plus haute valeur qu'a atteinte la chose pendant la période de la demeure, s'il l'eût vendue à ce prix dans le cas où il l'eût possédée(20) ; dans cette hypothèse, la demeure du débiteur a empêché le créancier de retirer de la chose un prix avantageux, tandis que maintenant il doit se contenter de la valeur réduite de la chose(21). De même, lorsque la chose due a péri accidentellement après la demeure du débiteur et qu'elle n'eût pas péri chez le créancier ou que celui-ci l'eût vendue avant la perte, le débiteur devra payer

p. 42-45, MAYNZ, II, § 180, note 9, et WINDSCHEID, II, § 280, note 8 initio. Cf. WOLFF, cité, § 38, p. 451-452.

MADAI (cité, § 54, 1), MÜHLENBRUCH (II, § 367 i. f.) et MOLITOR (cité, I, n° 299, 3°) admettent seulement que le taux légal des intérêts peut être dépassé si une somme d'argent est payable en un lieu convenu.

Ancien droit romain : PERNICE, *Labeo* II (2), p. 142-145.

(20) La moins-value survenue chez le débiteur se serait aussi produite chez le créancier si la chose lui avait été livrée. Par conséquent il ne peut être question d'une responsabilité du débiteur en demeure à raison de la moins-value que si le créancier possédant la chose l'eût vendue au moment où elle avait le plus de valeur, tandis qu'il a été empêché d'en faire la vente, faute d'en avoir la possession.

(21) Si la chose a augmenté de valeur jusqu'au jugement, le créancier obtiendra le prix de la chose lors du jugement; il en profitera comme de tout autre *commodum rei;* D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 3 i. f. Si la chose a baissé de valeur jusqu'au jugement, le débiteur devra tenir compte de son prix au commencement de la demeure, en supposant que le créancier, dans le cas où il l'eût possédée, l'eût vendue à cette époque (D. *eod.*, L. 3 § 3); ici encore la preuve incombe au débiteur. De là la règle que le créancier peut opter soit pour la valeur de la chose à l'origine de la demeure, soit pour sa valeur lors du jugement; L. 3 § 3 cit. Mais, par identité de motif, si la chose atteint sa plus haute valeur à un moment intermédiaire, le créancier peut aussi y prétendre. Ce système est consacré d'une manière positive par nos sources en ce qui concerne le voleur (D. 13, 1, *de cond. furt.*, L. 8 § 1); il ne faut voir dans cette loi que l'application d'un principe général, d'autant plus qu'elle se fonde sur la demeure du voleur. Voyez en ce sens GLÜCK, XIII, § 844, WOLFF, cité, § 39, p. 456-458, THIBAUT, I, § 97, n° II, 6, PUCHTA, *Pand.*, § 268 i. f., et *Vorles.* II, § 268 i. f., BUCHKA, *Einfluss des Prozesses* I, § 7, p. 187-198, ARNDTS, § 251, 1 initio, et MAYNZ, II, § 180, A, 4°. Plusieurs auteurs restreignent au cas de vol la disposition qui permet au créancier de réclamer la plus haute valeur de la chose à un moment quelconque de la demeure du débiteur; dans les autres cas, le créancier ne pourrait opter que pour la valeur de la chose à l'un des deux points extrêmes de la période de la demeure; MADAI, cité, § 48. — SAVIGNY, *System* VI, § 275-277. — MOMMSEN, *Beiträge* III, § 21. — SINTENIS, II, § 93 et note 41. — WINDSCHEID, II, § 280, 3 et note 19.

la plus haute valeur de la chose pendant la période de la demeure, si le créancier l'eût vendue à ce prix[22].

II. Les règles énoncées admettent des modifications en ce qui concerne les obligations de droit strict. Ici les fruits, y compris les intérêts, ne sont dus par le débiteur qu'à partir de la *litis contestatio*[23] et la valeur de la chose due se détermine d'une manière absolue à ce moment[24].

§ 304. EFFETS DE LA DEMEURE DU CRÉANCIER.

De même le créancier, lorsqu'il est en demeure, doit supporter toutes les conséquences dommageables de sa faute, il ne peut résulter de celle-ci aucun désavantage pour le débiteur[1].

(22) Cf. D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 3. Le sens de la disposition finale de cette loi est le suivant : si la chose due existe encore ou bien que le débiteur soit responsable de sa perte (In utroque), le créancier peut demander qu'il soit tenu compte de la valeur de la chose au début de la demeure, par exemple si l'esclave dû a été éborgné après la demeure. On ne peut pas conclure des mots « si vero desierit.... ... vulnerato » qu'il est interdit au créancier de se reporter à un moment postérieur à la perte de la chose pour rechercher une valeur supérieure; le jurisconsulte ne prévoit pas le cas où la chose aurait augmenté de valeur si elle avait été conservée; cf. Mommsen, *Beiträge* III, § 21, note 5. Quant à la disposition initiale de la loi 3, voyez § 298, note 33.

En ce qui concerne le lieu par rapport auquel doit se faire l'estimation, c'est celui du payement; D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8. Néanmoins le D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 3 § 3, décide que l'acheteur peut exiger du vendeur en demeure le plus haut prix de la chose, soit au lieu du payement, soit au lieu de la poursuite; à raison de la demeure du vendeur, l'acheteur serait autorisé à réclamer l'estimation plus élevée du lieu de l'action. Cette règle était sans doute une conséquence du principe classique que le défendeur devait toujours être condamné à une somme d'argent payable au lieu de la poursuite. Elle ne doit plus être suivie en droit nouveau, où le débiteur est condamné à payer la chose due elle-même et seulement d'une manière subsidiaire un équivalent en argent; aussi avait-elle déjà été abandonnée dans l'action arbitraire *de eo quod certo loco*; D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 8. Cf. Windscheid, II, § 280, note 20 i. f., et Mommsen, *Beiträge* III, § 22, p. 219-222.

(23) D. *h. t.*, L. 3 § 1, L. 38 § 7; C. 4, 5, *de cond. indeb.*, L. 1 § 1; C. 4, 7, *de cond. ob turp. caus.*, L. 4.

(24) D. 13, 6, *commod.*, L. 3 § 2; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22; D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4, cf. L. 3. Cf. § 298, note 33.

Le D. 17, 1, *mand.*, L. 59 § 5, indique encore un effet spécial de la demeure du débiteur. Lorsque quelqu'un s'est engagé seulement pour un certain temps et que, avant l'expiration de celui-ci, il a été mis en demeure, il reste tenu après l'échéance, sinon la demeure du débiteur nuirait au créancier, en lui faisant perdre sa créance. Des interprètes ont conclu a tort de la loi 59 § 5 que la demeure du débiteur perpétuait les actions temporaires, ce qui serait inexplicable. Voyez en notre sens Molitor, cité, I, n° 331; cf. Mommsen, *Beiträge* III, § 27 et note 22. Contra Mühlenbruch, II, § 357, n° I, 4.

(1) D. 33, 6, *de tritico vino vel oleo leg.*, L. 8 i. f.

1° Le débiteur qui répondait précédemment de la faute légère, n'est plus tenu que du dol et de la faute lourde. Si sa responsabilité antérieure persistait, la demeure du créancier lui causerait un dommage; tout ce qu'on peut encore raisonnablement exiger du débiteur, c'est qu'il s'abstienne de nuire au créancier par dol ou faute lourde(2). A plus forte raison, le débiteur qui supportait jusque-là les risques et périls, en est-il déchargé et la chose due périt pour le créancier en demeure. En général, ce dernier principe n'aura pas d'objet, car la chose est déjà aux risques du créancier indépendamment de sa demeure, par la nature de l'obligation; la demeure du créancier n'apportera aucun changement aux risques et périls. Mais il y a deux cas dans lesquels, abstraction faite de la demeure du créancier, la chose périt pour le débiteur, savoir lorsque celui-ci a assumé les risques par une convention spéciale et lorsqu'il s'agit de dettes de choses fongibles. Dans ces cas, la demeure du créancier aura pour effet de transférer les risques du débiteur au créancier. Dans le cas spécial d'une obligation de choses fongibles, la chose que le débiteur aura inutilement offerte au créancier, sera au risque de ce dernier, ce qui sera possible, puisque c'est un corps certain; du moins il en sera ainsi tant que le débiteur maintiendra l'offre du corps certain(3). — Si la chose due périt pendant la demeure du créancier par suite du dol ou de la faute lourde du débiteur, celui-ci ne doit que la moindre valeur de la chose depuis la mise en demeure du créancier jusqu'à la poursuite(4); une augmentation de valeur survenue depuis le commencement de la demeure ne peut pas aggraver la condition du débiteur et une diminution de prix constitue un risque que le créancier doit supporter(5); sans sa demeure, le créancier eût obtenu la valeur de

(2) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 5 initio, L. 18 (17) initio; D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 9.

(3) D. 30, *de leg. 1°*, L. 84 § 3; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 6 initio; D. 46, 3, *de solut.*, L. 72 pr.

(4) D. 17, 1, *mand.*, L. 37 i. f.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 3 § 4 initio.

(5) L'estimation doit se rapporter au lieu du payement; L. 3 § 4 cit. i. f. S'il s'agit d'une dette de choses fongibles qui est payable à un endroit quelconque, le débiteur peut exiger que l'estimation se fasse soit à l'endroit où il a inutilement offert un corps certain au créancier, soit au lieu où ce corps certain a péri, pourvu qu'il ne l'ait pas déplacé frauduleusement. Sauf ce cas, le déplacement ne doit pas aggraver l'obligation du débiteur si la chose a gagné en valeur et, si elle a perdu de son prix, le risque est pour le créancier. Cf. L. 3 § 4 cit. initio, et Pothier, *Pand. Justin.* 19, 1, n° 81. Mommsen, *Beiträge* III, § 30, note 19, interprète autrement la loi 3 § 4 cit. En général sur l'époque et le lieu de l'estimation cf. le même, § 30, p. 293-296.

En ce qui concerne le droit d'abandon qui peut appartenir au débiteur, par suite de la demeure du créancier, nous nous référons à ce qui a été dit au § 293, II, 4°.

la chose lors de sa mise en demeure et il eût supporté une dépréciation subséquente[6].

2° Le créancier est tenu de rembourser au débiteur les impenses légitimes faites depuis la demeure pour la garde et la conservation de la chose due[7].

§ 305. DE LA CESSATION DE LA DEMEURE.

I. *Des causes qui font cesser la demeure.* La demeure cesse :

1° par l'extinction de la dette; la dette étant éteinte, la demeure n'a plus d'objet. La demeure prendra fin par le payement, la remise de la dette, la compensation, la novation[1], etc.;

2° par l'offre du débiteur de payer[2] ou par l'offre du créancier de recevoir le payement[3], selon que c'est le débiteur ou le créancier qui est en demeure; l'offre de payer ou de recevoir le payement fait cesser la faute et celle-ci est la base de la

(6) Cf. § 298, III initio.

(7) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 1 § 3 i. f.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 38 § 1. A partir de la demeure du créancier, les intérêts moratoires qui couraient jusque-là contre le débiteur en demeure, cessent de courir, car la demeure du créancier met fin à la demeure du débiteur. Mais tous les autres intérêts, volontaires ou légaux, continuent de courir; la consignation est indispensable pour en arrêter le cours. En effet, le débiteur qui se borne à faire des offres sans consigner, conserve en réalité l'usage du capital d'autrui, peu importe que le créancier eût pu en user lui-même, s'il l'avait voulu. Voyez, pour les intérêts volontaires D. *h. t.*, L. 7 initio, et C. 4, 32, *de usur.*, L. 6, L. 19 pr., et, pour les intérêts légaux, D. *h. t.*, L. 1 § 3 i. f., L. 18 § 1, D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 28 § 1, et C. 4, 32, *de usur.*, L. 9 i. f. *Non obstat* C. *eod.*, L. 2, qui se borne à décider que le cours des intérêts n'est pas arrêté par une consignation faite sans offre préalable. Du D. *h. t.*, L. 17 § 3, et du C. 5, 56, *de usur. pupill.*, L. 4, il résulte seulement que les intérêts légaux dus aux mineurs cessent de courir lorsque le payement est empêché par des circonstances relatives aux mineurs; cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122 § 5, et C. 4, 32, *de usur.*, L. 9 initio. Si, d'après le C. 4, 32, *de usur.*, L. 12 (11), le créancier gagiste qui est en demeure de recevoir son capital, perd son droit aux fruits de la chose engagée, quoique ces fruits lui tiennent lieu d'intérêts, il faut supposer que le capital avait été déposé. En notre sens Wolff, cité, § 44, 3, p. 493, Keller, § 253, 4, et Windscheid, II, § 346, 4 et note 7. Cf. Madai, cité, § 68, 2, p. 499-503, Unterholzner, cité, I, § 61, n° III, et Sintenis, II, § 93, p. 217.

Contra, quant aux intérêts moratoires, Glück, IV, § 330, p. 419-421, quant aux intérêts volontaires ou légaux, Maynz, II, § 290 et note 6, et, quant aux intérêts légaux, Mommsen, *Beiträge* III, § 30, p. 288-289.

(1) D. 46, 2, *de novat.*, L. 8 pr.; D. 13, 1, *de cond. furt.*, L. 17; D. 45, 1 *de V. O.*, L. 29 § 1.

(2) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 18 (17), v^is Quod si..... mihi deberet; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 73 § 2, L. 91 § 3.

(3) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 18 (17), v^is Sed si.....

demeure[4]. Il n'est pas nécessaire que l'offre susdite ait eu pour résultat de constituer l'adversaire en demeure. Ainsi le débiteur qui est en demeure, offre de payer; le payement n'a pas lieu, sans qu'on puisse reprocher une faute au créancier; celui-ci ne sera pas en demeure, mais la demeure du débiteur aura été purgée, en même temps que sa faute. Toutefois, le plus souvent l'offre de la partie en demeure aura le double effet de purger sa propre demeure et de produire la demeure de l'adversaire; la première demeure sera remplacée par la seconde[5];

3° par la renonciation de l'adversaire au bénéfice de la demeure, ce qui peut avoir lieu tacitement, par exemple le créancier accorde au débiteur en demeure un nouveau délai de payement[6]. Lorsque le créancier conclut avec son débiteur en demeure une novation conditionnelle, il lui accorde implicitement un délai pour le payement de l'ancienne dette; il s'engage à ne poursuivre celle-ci que pour autant que la condition ajoutée à la nouvelle obligation vienne à défaillir[7].

II. *Effets de la cessation de la demeure.* La demeure venant à cesser, ses effets cessent également pour l'avenir; le débiteur qui purge sa demeure, est déchargé des risques et périls[8], les intérêts moratoires cessent de courir, etc. Mais, en principe, les effets que la demeure avait déjà produits au moment où elle a pris fin, demeurent acquis à la partie adverse; les intérêts moratoires qui ont déjà couru, restent dus au créancier[9]. Pour que l'adversaire de la partie en demeure perde le bénéfice des effets déjà produits par la demeure, il faut qu'il y renonce d'une façon spéciale, expressément ou tacitement, ou bien que la dette elle-même s'éteigne; car les intérêts moratoires, comme les autres effets de la demeure, forment une dépendance de l'action principale et s'éteignent avec celle-ci[10].

Section IV. — **Des moyens d'assurer l'exécution de l'obligation.**

§ 306. ÉNUMÉRATION.

Les moyens d'assurer l'exécution de l'obligation sont :
1° la clause pénale, § 307-309,
2° la dation d'arrhes, § 310-311,

(4) Il faut que les offres du débiteur comprennent tout ce qu'il doit en vertu de la demeure.

(5) D. 19, 1, *de A. E V.*, L. 51 pr.; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 18 (17).

(6) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 54. — (7) Cf. T. IV, § 517, note 16.

(8) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 26; D. 46, 2, *de novat.*, L. 8 pr.

(9) Cf. C. 4, 8, *de cond. furt.*, L. 2.

(10) T. III, § 344, II; cf. Windscheid, II, § 281, 4.

3° les intercessions, § 312-320[a],
et 4° dans certains cas, le serment. En général, le serment dit promissoire n'a qu'une force morale, il n'ajoute rien à la valeur juridique d'une promesse[1]. Par dérogation à cette règle, les mineurs peuvent renoncer valablement à la restitution en entier sous la foi du serment[2]. Sont également valables, pourvu qu'elles soient garanties par serment, les promesses unilatérales de services ou de cadeaux faites par un affranchi à son patron à l'occasion de son affranchissement[3] et, si une transaction a été confirmée par le serment des contractants majeurs, le contrevenant encourt, outre l'infamie, la déchéance des droits que lui reconnaissait la transaction, tandis que l'autre partie conserve les siens[4].

I. DE LA CLAUSE PÉNALE.

KERSTEN, *De poena conventionali*, Leipzig, 1839.

NETTELBLADT, *Der Strafvertrag nach gemeinem Recht*, Ludwigslust, 1886.

LACAZE, *De la nature de la stipulation de la peine*, Paris, 1889, thèse.

BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale. Studi e documenti di storia e diritto* XV (1894), p. 91 et ss., p. 193 et ss.

PERGAMENT, *Konventionalstrafe und Interesse*, Berlin, 1896.

STAHEL, *Die Konventionalstrafe mit spezieller Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts*, Zurich, 1898, thèse.

§ 307. NOTIONS GÉNÉRALES.

1° La clause pénale (*poenae stipulatio*) est une convention accessoire par laquelle un débiteur promet quelque chose pour le cas où il manquerait à son obligation[1]. Cette clause présente un double avantage. Elle assure d'abord l'exécution de l'obligation principale par la menace d'une peine; le débiteur sait qu'à défaut

§ 306. — (1) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 16; C. 1, 14, *de legib.*, L. 5 § 2 (1).

(2) C. 2, 27 (28), *si adv. vendit.*, L. 1. Mais le serment du mineur ne l'empêche pas d'attaquer les conventions qu'il a conclues irrégulièrement sans son tuteur ou curateur ou bien sans un décret du magistrat; le mineur est protégé ici indépendamment de la restitution en entier.

(3) *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 4; D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 7 pr. Cf. T. IV, § 506, 3°.

(4) C. 2, 4, *de transact.*, L. 41 pr.; cf. T. IV, § 461, 4°. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, p. 43-79, Rome, 1886. — VANGEROW, I, § 170, *Anm.*

§ 307. — (1) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 19; D. 2, 14, *de pact.*, L. 10 § 1.

de s'acquitter de sa dette, il encourra une peine; cette menace doit le déterminer d'une manière spéciale à exécuter son obligation[2]. Ensuite la clause pénale dispense le créancier de la preuve difficile des dommages et intérêts dans le cas où le débiteur ne satisfait pas à son engagement; elle le soustrait à une estimation de ces dommages et intérêts de la part du juge, estimation éminemment subjective et arbitraire[3]. La peine peut consister en une chose quelconque[4], mais presque toujours elle est pécuniaire[5]. Son montant dépend aussi de la volonté des parties[6], pourvu qu'il n'y ait pas de convention usuraire[7]. La clause pénale forme une convention accessoire, elle garantit l'exécution d'une autre obligation. Donc, si cette dernière obligation est nulle, la clause pénale l'est également; l'accessoire suit le principal. Ainsi on vend par erreur un cheval mort le jour du contrat, en ajoutant une clause pénale à la vente; les deux conventions sont frappées de la même nullité[8]. Mais la nullité de la clause pénale n'empêche pas la validité de l'obligation principale; l'accessoire n'influe pas sur le principal. En ce qui concerne la forme de la clause pénale, il suffit d'un simple pacte si la clause est ajoutée à un contrat de bonne foi; si elle est ajoutée à un contrat de droit strict, une stipulation est nécessaire[9]. En fait les Romains n'employaient guère que la stipulation, même à l'occasion des contrats de bonne foi.

2° Nous venons d'envisager la stipulation pénale comme convention accessoire; elle se présente alors sous la forme suivante : ' je vous promets un cheval et, pour le cas où je ne vous le livrerais pas, je m'engage à vous payer 100 '. On devrait réserver à cette espèce le nom de *clause pénale*[10]. Mais la stipulation pénale peut être aussi une convention principale; elle a ce caractère lorsqu'elle ne tend pas à garantir l'exécution d'une autre obligation. Il en est évidemment ainsi lorsqu'aucune autre convention n'est intervenue entre parties, par exemple je m'engage directement à vous payer 100 si je ne vous livre pas tel cheval, sans vous promettre le cheval lui-même[11]. Mais il faut en dire autant lorsque, une autre convention étant intervenue, celle-ci est nulle et que les parties, connaissant cette nullité, ont voulu couvrir, par la stipulation

(2) C. 2, 55 (56), *de recept.*, L. 1.

(3) I. 3, 15, *de V. O.*, § 7. — (4) D. 4, 8, *de recept.*, L. 11 § 2, L. 28.

(5) I. 3, 15, *de V. O.*, § 7. — (6) D. 4, 8, *de recept.*, L. 32 pr.

(7) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 26; D. 22, 1, *de usur.*, L. 9 pr.; C. 4, 32, *eod.*, L. 15, L. 16. — (8) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 69; C. 8, 38 (39), *de inut. stipul.*, L. 2.

(9) Cf. T. III, § 332, 2°, et T. IV, § 467, I.

(10) Papinien la désigne par les mots " stipulatio quae non a condicione " coepit „; la stipulation conditionnelle de la peine est en effet précédée d'une stipulation principale; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2 i. f. — (11) L. 115 § 2 i. f. cit.

pénale, le vice de leur première convention; dans ce cas, c'est comme si les parties s'étaient bornées à faire la stipulation pénale. Je stipule de vous que vous ne labourerez pas votre fonds et en outre que, si vous le cultivez, vous me payerez 100. La première stipulation est nulle parce que je n'y ai aucun intérêt; la stipulation pénale a pour but de couvrir ce vice, elle me crée un intérêt(12). Cette stipulation pénale principale devrait seule être appelée *stipulation pénale*(13). Pour le moment nous nous bornons à indiquer une seule différence entre la clause pénale et la stipulation pénale; les autres différences seront mentionnées à l'occasion de la théorie de la clause pénale. Dans le cas d'une clause pénale, il existe une double obligation, l'une principale, l'autre accessoire; le stipulant a un double droit : il peut ou bien poursuivre l'exécution de l'obligation principale ou bien réclamer la peine encourue, mais la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale(14). Par contre, la stipulation pénale n'engendre qu'une obligation unique, celle de payer la peine; le stipulant n'a jamais droit à autre chose, mais il a un droit propre et indépendant de tout autre(15).

§ 308. A QUEL MOMENT LA PEINE EST ENCOURUE.

Considérée d'une manière générale, la clause pénale est une promesse conditionnelle; la condition consiste dans l'inexécution d'une obligation principale. Dès lors, pour savoir quand la peine est encourue, il faut se reporter avant tout à la théorie des conditions(1). Mais la condition impliquée dans la clause pénale est d'une nature particulière, elle consiste dans l'inexécution d'une obligation principale; à ce point de vue, elle tient au système juridique; de là quelques règles spéciales. Pour déterminer le moment auquel la peine est encourue, il faut distinguer si l'obligation principale est à terme ou bien pure et simple.

1° Si elle est à terme, la peine est encourue par cela seul que le

(12) Voici deux espèces analogues. Je stipule de vous que X me fera un tableau et que, s'il ne le fait pas, vous me payerez 100. Je stipule de vous que vous ferez un tableau au profit de X et que, si vous ne le faites pas, vous me payerez 100. Dans l'un et l'autre cas, la première convention est nulle; on ne peut promettre le fait d'un tiers, ni stipuler pour un tiers. Mais la stipulation pénale couvre le vice, puisqu'on y promet pour soi-même ou qu'on y stipule pour soi-même; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 19 et 21. Cf. T. III, § 394, II.

(13) Papinien dit d'elle que c'est une " stipulatio quae a condicione coepit ", parce qu'elle est indépendante d'une autre convention; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2 i. f.

(14) C. 2, 3, *de pact.*, L. 14 initio. — (15) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2.

(1) T. I, § 78, III.

terme échoit sans que le débiteur exécute son obligation ; il n'est pas nécessaire qu'il ait été sommé de payer. En effet, le débiteur a promis la peine pour le cas d'inexécution de l'obligation, donc pour le cas où il ne payerait pas dans le délai convenu ; or cette condition est réalisée si, le jour de l'échéance, le payement n'a pas été effectué, peu importe qu'il n'y ait pas eu sommation ; la convention fait la loi des parties[2] Toutefois, la peine n'est pas encourue, si la chose due principalement a péri par accident avant l'arrivée du terme ; dans ce cas, l'obligation principale s'est éteinte avant l'échéance et l'obligation accessoire de payer la peine a eu le même sort ; le débiteur ne peut plus encourir une peine du chef d'inexécution d'une obligation éteinte[3]. Il en est autrement s'il s'agit d'une stipulation pénale principale ; ici la peine est due, nonobstant la perte accidentelle de la chose, car la condition s'est réalisée, peu importe qu'on ne puisse rien reprocher au promettant : cela est indifférent, puisqu'il n'y a pas d'obligation principale[4].

2° Lorsque l'obligation principale est pure et simple, la peine est encourue dès que le débiteur est en faute quant à l'exécution de son obligation, en d'autres termes, dès que, ayant pu l'exécuter, il se trouve en défaut de le faire. La peine a été promise pour le cas d'inexécution de l'obligation, donc pour le cas où le débiteur ayant pu payer ne l'a pas fait ; ici encore la convention fait la loi des parties. Ainsi, je vous vends un cheval et, pour le cas où je ne vous le livrerais point, je m'engage à vous payer une peine de 100 ; du moment que je suis en défaut de vous livrer le cheval, la peine de 100 est encourue[5]. C'est ce qui arrive non seulement lorsque le débiteur a été sommé en vain de payer, mais

(2) D. 4, 8, *de recept.*, L. 23 pr. ; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 23, vis Trajecticiae pecuniae..... et hoc rectius dicitur. La question avait soulevé des doutes parmi les juriconsultes romains ; Justinien la trancha dans le sens indiqué. C. 8, 37 (38), *de contr. et committ stipul.*, L. 12.

(3) D. 4, 8, *de recept.*, L. 21 § 9 ; D. 2, 11, *si quis caut. in jud. sistendi*, L. 2 § 1-9, L. 4 pr., § 1-4. Ces décisions relatives à des clauses pénales ajoutées à un compromis ou à une caution *judicio sisti* doivent être généralisées ; le motif sur lequel elles reposent n'a rien de spécial. *Non obstant* D. 45, 1, *de V. O.*, L. 77, et D. 22, 2, *de naut. faen.*, L. 9. Il résulte seulement des deux dernières lois que la peine est encourue, bien que, le jour de l'échéance, l'hérédité du débiteur soit jacente ; dans ce cas l'obligation principale subsiste pleinement.

Voyez en notre sens Molitor, cité, I, nos 159, 161 et 162, Mayne, II, § 258, p. 416-417, et, du moins pour les obligations de bonne foi, Savigny, cité, II, § 80, B, p. 279-281.

Contra Unterholzner, cité, I, § 123, Wolff, *Mora*, § 2, p. 19-35, § 3, p. 38-64, Vangerow, III, § 614, *Anm.*, n° III, 1, et Windscheid, II, § 285, 1 et note 2.

(4) Cf. T. I, § 78, III, 1°. — (5) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2.

encore lorsque la chose due périt par sa faute avant la sommation. Mais si, dans le cas d'une clause pénale, la peine est encourue dès que le débiteur est en faute, elle est seulement encourue pour autant que cette faute existe Si la chose due principalement périt par suite d'un accident, avant toute faute de la part du débiteur, la peine n'est pas due. L'obligation principale s'est éteinte par la perte accidentelle de la chose et il en a été de même de l'obligation accessoire de payer la peine; le débiteur ne peut pas être en défaut d'exécuter une obligation éteinte. Il en est autrement si la perte accidentelle de la chose due est postérieure à la faute; alors la peine a été encourue par l'effet de la faute et elle demeure due nonobstant la perte accidentelle subséquente. On suit des règles différentes pour la stipulation pénale principale. Je promets de vous payer 100 si je ne vous livre pas tel cheval; le cheval périt, peu importe comment; la peine est due, car la condition négative sous laquelle elle a été promise, s'est accomplie; l'événement auquel se rapportait la condition (la livraison du cheval), ne peut plus se réaliser(6). — Nous avons dit que, dans les obligations pures et simples, la peine est encourue du moment que le débiteur est en faute. La règle admet ce tempérament que le débiteur peut, jusqu'à la *litis contestatio*, se soustraire au payement de la peine en exécutant l'obligation principale(7).

Il est indifférent, dans les obligations pures et simples ou à terme, que l'obligation n'ait reçu aucune exécution ou bien qu'il y ait eu exécution partielle. La peine est stipulée pour le cas où l'obligation ne serait pas exécutée; or elle n'est pas exécutée par un payement partiel(8).

Dans ce qui précède nous avons eu en vue une obligation principale consistant à faire. Si elle consiste à ne pas faire, il est évident

(6) Papinien explique bien cette différence dans la loi 115 § 2 cit. Il prend comme exemple la stipulation " si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?„ Quand les 100 sont-ils dus? Seulement quand Pamphilus ne peut plus être donné, disait Pegasus; dès que Pamphilus a pu être donné, répondait Sabinus. Papinien se prononce en faveur de la dernière opinion, lorsqu'il s'agit d'une stipulation pénale accessoire. Dans le cas d'une stipulation pénale principale, il admet virtuellement la doctrine de Pegasus. D'ailleurs Sabinus lui-même semblait restreindre son système à la clause pénale, car il se fondait sur ce qui était admis dans le legs de provisions de bouche (penus) lorsque, pour le cas d'inexécution de ce legs, on avait légué une somme d'argent.

(7) D. 4, 8 *de recept.*, L. 21 § 12. L. 22, L. 52; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122 § 2.

(8) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 47. Cf. D. 2, 11, *si quis caut. in jud. sistendi*, L. 9 § 1. Voyez en ce sens Vangerow, III, § 614, *Anm.*, nº III i. f., et Windscheid, II, § 285, 2. Molitor, cité, I, nº 161, autorise de plein droit le juge à réduire la peine, lorsque l'obligation a été exécutée en partie; son opinion est erronée.

que la peine est encourue lorsque le débiteur a fait ce dont il devait s'abstenir[9].

§ 309. EFFETS DE LA PEINE ENCOURUE.

I. La peine étant encourue, le créancier est libre de poursuivre, à son choix, l'obligation principale ou la peine[1]. Pas de doute sur son droit à la peine; s'il la demande, le débiteur ne peut pas offrir d'exécuter l'obligation principale[2], ni réclamer une réduction de la peine, pas même pour exécution partielle de l'obligation; il a promis la peine entière pour le cas d'inexécution de l'obligation et celle-ci est inexécutée lorsqu'elle a seulement été exécutée en partie; la convention fait la loi des contractants[3]. Le créancier a aussi le droit de s'en tenir à l'obligation principale; la peine est établie dans son intérêt, il est libre d'y renoncer; alors le débiteur ne peut pas offrir le payement de la peine[4]. Le créancier prendra le second parti si les dommages et intérêts dus de plein droit du chef de l'inexécution de l'obligation principale sont supérieurs au montant de la peine[5]. Mais le créancier ne peut pas cumuler la poursuite de l'obligation principale et celle de la peine; la peine étant stipulée pour le cas d'inexécution de l'obligation principale, il serait contradictoire de demander à la fois l'exécution de cette obligation et la peine stipulée pour le cas d'inexécution[6]. Par dérogation à ces règles :

1° Le créancier est admis à poursuivre cumulativement l'obligation principale et la peine, lorsque celle-ci a été stipulée pour le simple retard apporté à l'exécution de l'obligation principale. La peine ainsi stipulée n'est pas destinée à tenir lieu de l'exécution de l'obligation principale, mais de son exécution à l'époque convenue[7]. Seulement, ce caractère de la peine ne se présume pas; pour qu'on puisse l'admettre, une convention spéciale est indispensable[8]; cela résultera parfois de ce que le montant de la peine est très inférieur à la valeur de l'obligation principale.

(9) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 122 § 6.

(1) C. 2, 3, *de pact.*, L. 14; C. 2, 4, *de transact.*, L. 40. — (2) Arg. des mêmes lois.

(3) Cf. la fin du précédent paragraphe.

(4) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 28, v^is^ Praedia mihi vendidisti..... agere potest, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 41. — (5) Arg. L. 41 cit.

(6) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 28, v^is^ si consecutus fuerit.....; D. 17, 2, *pro socio*, L. 42.

(7) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2 i. f., L. 122 § 6; C. 2, 4, *de transact.*, L. 17; D. 2, 15, *eod.*, L. 16. Dans les deux dernières lois, les mots « manente transactionis placito », et « rato manente pacto » signifient que la peine avait été stipulée sans préjudice de l'exécution de la transaction. VANGEROW, III, § 614, *Anm.*, n° IV, 3, c, et MAYNZ, II, § 253, A i. f. et note 21.

(8) Arg. des textes cités à la note précédente.

2° Les parties peuvent encore convenir que la peine aura le caractère d'un dédit, c'est-à-dire que le débiteur aura le droit de se désister de l'obligation principale par le payement de la peine. Dans ce cas, le principal est seul dû; encore ne l'est-il pas absolument, puisque le débiteur peut se libérer en payant la peine convenue. En un mot, il y a ici une obligation dite facultative, où le principal est dû, avec faculté de payer la peine. Les interprètes du droit romain parlent dans l'espèce d'une *mulcta poenitentialis**, peine du désistement. A vrai dire, si le débiteur peut se désister, ce n'est pas à cause de la peine, mais parce qu'il a stipulé le droit de se dégager; la peine entrave le désistement, sans elle le débiteur serait libre de se dégager impunément. Ici comme ailleurs la peine considérée en elle-même est confirmatoire et non pénitentielle. La peine constitue seulement un dédit moyennant une convention spéciale, un pacte de désistement *(pactum displicentiae*)*[8a].

3° Il se peut que l'intention des parties ait été de nover l'obligation principale par l'obligation conditionnelle de payer la peine, en cas d'inexécution de la dette primitive[9]. Dans cette hypothèse, conformément aux principes généraux sur la novation, aussi longtemps que la condition apposée à la nouvelle dette (l'inexécution de l'ancienne) demeure en suspens, le créancier ne peut réclamer le payement ni du principal, ni de la peine[10]. Si le débiteur paye spontanément le principal, la condition de la novation et partant la novation elle-même sont défaillies. S'il est en défaut de payer le principal, la condition de la novation se réalise; la dette primitive s'éteint et est remplacée par l'obligation de payer la peine[11]. Comme la novation ne se présume pas, la stipulation pénale impliquera seulement une novation s'il résulte d'une clause du contrat ou bien des circonstauces que les parties ont eu l'intention de nover[12].

II. Comment la peine est-elle encourue lorsque, dans l'obligation

(8a) Windscheid, II, § 285 et note 17. Cf. Bertolini, cité, p. 231 et ss.

(9) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 6; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2 i. f.

(10) Arg. I. 3, 28, *quib. mod. oblig. toll.*, § 3 i. f., et D. 46, 3, *de novat.*, L. 14 pr. initio.

(11) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 6; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2 i. f. Toutefois, comme dans le cas d'une clause pénale proprement dite, jusqu'à la *litis contestatio* il est loisible au débiteur de payer le principal; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 84.

(12) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 71 pr. Nos sources admettent une novation tacite lorsque le principal et la peine sont promis par une stipulation unique : *Stichum dari spondes? si Stichum non dederis, centum dari spondes? — Spondeo*; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 6; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 § 2 i. f.; arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 71 pr. Voyez Vangerow, III, § 614, *Anm.*, n° IV, 1; cf. Savigny, cité, I, § 31 i. f.

garantie par la clause pénale, interviennent plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers? Dans la solution de la question nous supposons une obligation principale divisible et non solidaire; les cas où l'obligation est indivisible ou solidaire appartiennent aux théories de l'indivisibilité et de la solidarité des obligations(13). Pas de difficulté si, au moment de l'inexécution de l'obligation, celle-ci ne comprenait encore qu'un seul débiteur et un seul créancier et que plus tard le débiteur ou le créancier soit venu à décéder en laissant plusieurs héritiers. Dans l'espèce, la peine est due par chaque héritier du débiteur ou à chaque héritier du créancier, en proportion de sa part héréditaire. La peine a été encourue pour le tout par le débiteur décédé ou vis-à-vis du créancier décédé; par suite du décès, l'obligation de payer la peine est devenue une dette ou une créance héréditaire; or les dettes et les créances héréditaires se divisent entre les héritiers en proportion de leurs parts respectives dans la succession, à moins qu'elles ne soient indivisibles, ce qui n'est pas le cas pour l'obligation de payer une peine consistant en une somme d'argent ou en d'autres choses corporelles(14). Mais que décider si lors de l'inexécution de l'obligation, il y avait déjà plusieurs débiteurs ou créanciers, soit originaires, soit en vertu de l'hérédité, et que l'inexécution n'ait eu lieu que de la part d'un seul débiteur ou vis-à-vis d'un seul créancier? En principe, la peine est due exclusivement par ce débiteur ou à ce créancier et seulement pour sa part individuelle ou héréditaire. Au moment où il a été manqué à l'obligation principale, divisible et non solidaire, cette obligation et celle de payer une peine consistant en une chose corporelle étaient partagées entre les débiteurs ou créanciers; à ce double point de vue, chacun n'était débiteur ou créancier que pour sa part et portion, par application du principe général de la division active et passive des obligations entre les cointéressés(15). Mais, en ce qui concerne les débiteurs, le droit romain y apporte

(13) Cf. T. III, § 334, III i. f., et § 338, III.

(14) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr. i. f. Toutefois, la peine pourrait consister en un fait indivisible; dans ce cas, l'obligation de la payer serait aussi indivisible, elle ne se partagerait pas entre les héritiers.

(15) On pourrait objecter que, étant donnés un débiteur unique et un créancier unique, un payement partiel de la dette n'empêche pas la peine d'être encourue pour le tout. Mais c'est là l'effet du contrat par lequel le débiteur unique s'est engagé vis-à-vis du créancier unique à lui payer la peine dans le cas où il n'exécuterait pas son obligation. S'il y a une pluralité de débiteurs ou de créanciers originaires ou bien d'héritiers du débiteur ou du créancier, chacun ne promet ou ne stipule ou bien n'est censé avoir promis ou stipulé qu'une partie de l'obligation principale et, par voie de conséquence, seulement une partie de la peine.

1° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 4 § 1, Paul, " Cato libro quinto decimo scribit poena

une dérogation lorsque l'obligation principale consiste à donner. Ici le non-payement de la dette de la part de l'un des débiteurs ou héritiers du débiteur fait encourir la peine à tous, même à

" certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex " pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus " heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione " sua : ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti ' iter " fieri ', quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum " videretur : at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti ' amplius " non agi ', tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum " poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu " omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam " stipulationem ' per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat? ' Sed videamus, " ne non idem hic sit, sed magis idem quod in illa stipulatione ' Titium here- " demque ejus ratum habiturum ' : nam hac stipulatione et solus tenebitur qui " non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum : idque et Marcello " videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest „.

" Caton écrit au quinzième livre que si une peine d'une certaine somme " d'argent a été promise pour le cas où il serait fait quelque chose de contraire " à une convention et que, après la mort du promettant, l'un de ses héritiers ait " agi contrairement à la convention, la peine est encourue, tantôt par tous les " héritiers en proportion de la part héréditaire de chacun, tantôt par un seul " pour sa part : par tous, si le fait promis est indivisible, par exemple si on " a promis " qu'un *iter* sera fourni, „ car ce qui ne peut être divisé en parts et " portions, est considéré comme fait en quelque sorte par tous. Mais si la pro- " messe porte sur quelque chose de divisible, par exemple si on a promis " qu'on " n'agira pas à l'avenir en justice „, alors l'héritier qui a manqué à cette promesse, " encourt la peine pour sa portion. La raison de cette différence est que, dans " le premier cas, tous les héritiers sont censés avoir manqué à la stipulation " ' vous n'apporterez aucun obstacle à ce que je puisse exercer l'*iter* et l'*actus* ', " car on ne peut y manquer que pour le tout. Mais, dans le dernier cas (c'est-à-dire " dans le cas de la stipulation ' *amplius non agi* '), il semble que l'on doive " suivre une autre règle, à savoir celle que l'on admet dans la stipulation ' Titius " et son héritier ratifieront '. En effet, dans cette stipulation, celui-là seul sera " tenu qui n'aura pas ratifié, et celui-là seul aura action à qui on aura réclamé " quelque chose. Tel est aussi l'avis de Marcellus, bien que le maître lui-même " ne puisse pas ratifier partiellement „.

Ce passage comprend deux parties. Dans la première, Paul rapporte l'opinion de Caton ; dans la seconde, qui commence aux mots « Sed videamus », il présente des observations personnelles. Caton est des plus explicites. Si l'obligation garantie par la clause pénale est indivisible, comme la stipulaion ' *iter fieri* ', son inexécution de la part d'un seul des héritiers du promettant fait encourir la peine à tous, en proportion de leurs parts héréditaires respectives. L'obligation principale est-elle divisible, et tel est le cas de la stipulation ' *amplius non agi* ', l'héritier coupable est seul tenu et pour sa part. En effet, continue Paul, la stipulation ' *amplius non agi* ' est divisible comme la stipulation ' *ratam rem habiturum* '. Titius promet à Maevius de ratifier les actes du représentant de Titius. Celui-ci décède en laissant deux héritiers, dont l'un ratifie, tandis que l'autre refuse sa ratification ; ce dernier sera seul tenu et pour partie quant au principal et quant à la peine « solus tenebitur, qui non habuerit ratum ». Ou bien

ceux qui ont payé leur portion de la dette; chacun est tenu de la peine pour sa part individuelle ou héréditaire, sauf le recours des

c'est Maevius qui décède en laissant deux héritiers, et Titius, au lieu de ratifier vis-à-vis de ces deux héritiers, agit contre l'un d'eux; cet héritier aura exclusivement action contre Titius pour non-ratification et il n'aura action contre lui que pour partie, quant au principal et quant à la peine « et solus aget, a quo fuerit petitum ». Paul considère donc comme constante la distinction établie par Caton entre les obligations divibles et les obligations indivisibles; il l'applique même à une autre espèce, à la stipulation '*ratam rem habiturum*', qui est certainement divisible; D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 2 § 2. La conclusion à déduire du passage est que si une obligation divisible est garantie par une clause pénale et que l'un des héritiers du débiteur vienne à y manquer, lui seul est tenu de la peine et pour sa part héréditaire seulement. Par voie d'analogie, si l'un des débiteurs originaires manque à l'obligation, lui seul encourt la peine pour une part virile.

Maynz, II, § 258, Observation i. f. et notes 34 et 37, se basant sur deux manuscrits du Digeste, propose de lire : *ut in illa stipulatione* per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, au lieu de : *illam stipulationem* per te non fieri, etc. D'après cette leçon, Caton comparerait la stipulation *iter fieri* à la stipulation *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat,* tandis que, d'après la leçon commune, il continue de s'attacher à la stipulation *iter fieri.* Il semble que si Caton avait voulu recourir à une analogie, il aurait choisi des stipulations plus différentes que les stipulations *iter fieri* et *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat.* Le sens général du texte demeure d'ailleurs le même, que l'on adopte l'une ou l'autre leçon.

On a soutenu aussi que les mots " Sed videamus ne non idem hic sit „ se rapportaient non pas à la stipulation *amplius non agi*, comme nous l'avons admis, mais à la stipulation *dolum abesse*, dont il est question au *principium* de la loi 4. Cette corrélation est forcée.

Cf. Bertolini, *La ratifica degli atti guiridici nel diritto privato romano*, Rome, 1889-1891, T. I, p. 97-99, T. II, p. 169-171.

2° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 6, L. 3 pr. et § 1, L. 4 pr. La loi 2 § 6 s'occupe de la stipulation indivisible de ne pas troubler dans l'exercice d'un *actus* '*sibi heredique suo agere licere*'. Le promettant avait troublé l'un des héritiers du stipulant dans l'exercice de l'*actus.* A défaut de clause pénale, l'héritier troublé peut seul agir pour sa part. Si une peine a été stipulée, rigoureusement, dit Paul, la peine est encourue pour le tout, c'est-à-dire que chaque héritier du stipulant pourrait agir pour sa part. Mais, ajoute le jurisconsulte, les héritiers qui n'ont pas été troublés, seront repoussés par une exception de dol; donc en définitive la peine n'est due que pour partie à l'héritier troublé. Or, si telle est la règle à suivre dans le cas d'une obligation principale indivisible, on ne doit pas se montrer plus sévère pour une obligation divisible. Il faut même dire ici (contra Vangerow, III, § 567, *Anm.* 2, n° II, p. 14) que la peine n'est rigoureusement encourue que pour partie vis-à-vis de l'héritier troublé.

La loi 3 pr. et la loi 4 pr. appliquent la décision de la loi 2 § 6 à deux autres stipulations indivisibles '*mihi heredique meo habere licere*' et '*dolum abesse a te heredeque tuo*'. Quant à la loi 3 § 1, elle n'a d'autre but que de nous expliquer pourquoi, en l'absence d'une clause pénale, le débiteur est tenu seulement pour partie vis-à-vis de celui des héritiers du stipulant qu'il a troublé, tandis que si l'un des héritiers du promettant trouble, chaque héritier est tenu pour sa part; cf. L. 2 § 5-6 *eod.*

débiteurs non coupables contre celui qui a fait encourir la peine. Pour rendre compte de cette différence entre les obligations de donner et les obligations de faire, on a allégué que si chaque débiteur ne peut prester que son propre fait et non le fait de ses coobligés, il lui est au contraire possible de donner une chose pour le tout. Mais cette possibilité n'est pas concluante; si chaque débiteur *peut* donner toute la chose, il ne le *doit* point; il devrait donc être à l'abri de la peine lorsqu'il a donné sa part et portion(16).

III. Quelle est l'influence de la clause pénale sur l'obligation principale? Lorsque le débiteur unique exécute en partie l'obligation principale vis-à-vis du créancier unique, il n'encourt pas moins la peine pour le tout(17). De même, s'il s'agit d'une obligation de donner, le fait que l'un des débiteurs donne en partie la chose due n'empêche pas la peine d'être encourue par tous, par chacun pour

(16) Les textes sont décisifs : D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 13; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 5 § 3a et 4, L. 85 § 6.

D'après le D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 13, si de l'argent a été promis sous clause pénale, l'obligation principale se divise entre les héritiers du promettant; mais celui d'entre eux qui paye sa part dans la dette, n'échappe pas à la peine.

Le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 5 § 3a, suppose que quelqu'un a promis un capital sous clause pénale; l'un de ses héritiers paye seul sa part du capital; il n'encourt pas moins la peine.

La loi 5 cit. § 4 applique la même règle au compromis avec clause pénale, quand un seul des héritiers d'un contractant se conforme à la sentence arbitrale.

Enfin, d'après la loi 85 § 6 du même titre, quelqu'un avait promis 100 s'il ne donnait pas le fonds Titien. A sa mort, certains de ses héritiers firent la tradition partielle du fonds; un seul resta en défaut; la peine de 100 est encourue (poena committitur centum), c'est-à-dire qu'elle est due par chaque héritier pour sa part. Molitor, cité, I, n° 164 i. f., applique la loi 85 § 6 à une stipulation pénale principale. Les mots : Item si ita stipulatio facta sit : ' si fundus Titianus datus ' non erit, centum dari? ' viennent à son appui. Mais, dans ce système, la décision de Paul est inexplicable; les 100 ne pourraient être dus que si la tradition du fonds était devenue impossible; or Paul admet qu'ils sont dus dès que l'un des héritiers est en faute; cf. L. 115 § 2, *eod.* On doit donc supposer dans la loi 85 § 6 l'existence d'une obligation principale et rapporter sa décision à une clause pénale proprement dite; arg. L. 85 § 5 *eod.* C'est aussi l'opinion commune. Vangerow, III, § 614, *Anm.*, n° III i. f.

D'après Molitor, cité, nos 163, 165 à 167 et 250, *a*, le débiteur coupable serait seul tenu pour sa part dans les contrats de bonne foi et les stipulations prétoriennes, tandis que, dans les contrats de droit strict et les stipulations conventionnelles, les débiteurs non coupables devraient également leur part de la peine. La première règle serait dictée par l'équité, la seconde par la forme de l'engagement. Mais cette forme est la même, qu'il s'agisse d'une stipulation conventionnelle ou d'une stipulation prétorienne. Si le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 4 § 1, cite la stipulation prétorienne *amplius non agi*, il ne la cite que comme exemple et n'en pose pas moins une règle générale.

Maynz, II, § 258 et note 33, ne mentionne pas l'exception relative aux obligations de donner. — (17) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 47.

sa part[18]. On en a inféré que la clause pénale rendait en quelque sorte indivisible l'obligation principale[19]. Cette appréciation est inexacte. Lorque plusieurs sont tenus de donner la même chose sous clause pénale, chacun doit seulement une partie de la chose, ne peut être poursuivi qu'en payement de sa part et ce payement partiel le libère complètement; c'est la preuve de la divisibilité de la dette. De même le débiteur unique sous clause pénale, s'il fait un payement partiel de la chose due, est libéré pour cette part, il ne doit plus que la partie restante de la chose; donc sa dette est divisible et elle ne devient pas indivisible parce que, s'il ne paye pas la partie restante de la chose, il encourt la totalité de la peine. On constate quelque chose d'analogue à l'occasion d'une dette hypothécaire; un payement partiel laisse subsister l'hypothèque pour le tout; si on veut libérer la chose frappée d'hypothèque, il faut payer la dette entière. On n'a jamais conclu de là que l'obligation devenait indivisible à raison de l'hypothèque; dès lors on doit dire aussi que lorsqu'une obligation divisible est garantie par une clause pénale, elle demeure divisible[20].

II. DE LA DATION D'ARRHES,

ZUMBACH, *De arrha contrahentium*, Iéna, 1828.

HESSDOERFER, *De arrha*, Hanovre, 1856.

JAGEMANN, *Die Draufgabe (arrha). Vergleichende Rechtsstudie*, Berlin, 1873.

KUNZE, *Wesen und Bedeutung der arrha des gemeinen Rechts im Verhältnisse zu der Draufgabe des B. G. B., der Konventionalstrafe des gem. R. und der modernen Vertragsstrafe*, Erlangen, 1904, dissertation inaugurale.

§ 310, NOTIONS GÉNÉRALES.

La dation d'arrhes est une convention accessoire par laquelle l'une des parties donne une chose à l'autre, afin de prouver l'existence et d'assurer l'exécution d'une convention principale. L'arrhe (*arrha*) a un double but. Elle atteste d'abord l'existence d'une

(18) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 13; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 5 § 3[1] et 4, L. 85 § 6.

(19) MOLITOR, cité, I, n° 250, *a.* — VANGEROW, III, § 567, *Anm.* 2, n° II, p. 14.

(20) Il serait plus exact de représenter la peine comme indivisible, de même qu'on parle de l'indivisibilité de l'hypothèque. Nous mentionnons pour mémoire une autre opinion d'après laquelle la clause pénale rendrait purement et simplement indivisible l'obligation principale, de telle façon qu'il y aurait lieu de lui appliquer les règles de l'indivisibilité des obligations. Cf. MAYNZ, II, § 258, Observation.

convention; elle prouve qu'une convention principale est intervenue entre parties. Ce rôle de l'arrhe est relevé de préférence dans nos sources(1). Ensuite l'arrhe assure l'exécution d'une convention principale(2) et, sous ce rapport, elle se rapproche de la peine stipulée; c'est une peine réalisée d'avance pour le cas d'inexécution d'une obligation. Elle constitue même une peine éventuelle pour les deux contractants, pour celui qui la donne et pour celui qui la reçoit, ainsi qu'il sera expliqué tantôt(3). Comme la peine proprement dite, l'arrhe peut consister en une chose quelconque; à Rome, c'était généralement une somme d'argent(4) ou un anneau(5). Bien que la dation d'arrhes fût possible à l'occasion de toute espèce de conventions, elle était surtout usuelle dans la vente(6) et dans les fiançailles(7); l'arrhe était fournie par l'acheteur(8) et par le futur(9). La dation d'arrhes est une convention accessoire, car elle prouve et assure une autre convention; c'est pourquoi elle est nulle si la convention principale est nulle. Mais, à la différence de la clause pénale, elle constitue un contrat réel innomé; elle n'est parfaite que par la dation de l'arrhe(10) et les règles des contrats innomés lui sont applicables(11).

§ 311. EFFETS DES ARRHES.

I. Pour déterminer les effets des arrhes, il convient de distinguer deux cas : celui où l'arrhe est donnée après la perfection du contrat et celui où elle est donnée avant cette perfection.

1° Lorsque l'arrhe est donnée *après* la perfection du contrat, elle doit être rendue si le contrat reçoit son exécution(1) ou bien

§ 310. — (1) Gaius, III, 139; I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, pr. initio; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 pr.

(2) Varron, *de lingua lat.* V, 175 (éd. Bruns, *Fontes* II, p. 56), vis Arrabo sic dicta, *ut reliquum reddatur.* — Isidore, *Origines* V, 25, § 20-21 (éd. Bruns, *Fontes* II, p. 85), vis Arra vero est, quae primum pro re bonae fidei contractu empta ex parte datur et postea completur. *Est enim arra complenda*, non auferenda; inde qui habet arram, non reddit *sicut pignus*, sed desiderat plenitudinem.

(3) Cf. le paragraphe suivant.

(4) D. 19, 1, *de A. E, V.*, L. 11 § 6 initio; D. 18, 3 *de lege commiss.*, L. 8 initio; C. 4, 45, *quando lic. ab empt. discedere*, L. 2 § 1.

(5) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 6 i. f.; D. 14, 3, *de instit. act*, L. 5 § 15.

(6) Voyez les textes cités aux deux notes précédentes.

(7) Rubrique C. 5, 1, *de sponsalibus et arris sponsaliciis.*

(8) Voyez les textes des notes 4 et 5. — (9) C. 5, 1, *de sponsal.*, L. 5.

(10) Arg. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 5 initio. *Non obstat* C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 3, où par les mots « ex arrali pacto » on veut désigner la dation d'arrhes.

(11) Cf. le paragraphe suivant.

§ 311. — (1) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 6, vis Ego illud quaero.....; D. 14, 3 *de instit. act.*, L. 5 § 15.

si son inexécution ne peut être reprochée à aucune des parties[2]. Dans l'un et l'autre cas, l'arrhe a rempli sa mission, en prouvant et assuraut autant que possible la convention principale. On peut se la faire restituer, soit par l'action naissant du contrat principal s'il est de bonne foi, par exemple par l'*actio empti*[3], soit par une *condictio sine causa*, puisque la cause de la dation de l'arrhe est venue à cesser[4]. L'arrhe peut être aussi imputée sur la prestation à faire par la partie qui l'a donnée; c'est ainsi que, consistant en argent monnayé, elle sera régulièrement imputée sur le prix de vente[5]. — Mais si le contrat demeure sans exécution par la faute de l'un des contractants, l'arrhe manifeste son caractère pénal. Comme dans l'hypothèse d'une clause pénale, le créancier peut, à son choix, poursuivre l'obligation principale, en renonçant au bénéfice de la convention arrhale[6], ou bien profiter de celle-ci, en renonçant aux droits naissant du contrat principal[7]. Si le créancier s'arrête au second parti, le débiteur coupable de faute perd l'arrhe donnée[7] ou bien doit rendre l'arrhe reçue et de plus en payer la valeur, en d'autres termes la rendre au double[8]. Ainsi, dans le cas de vente, l'acheteur coupable de faute perdra l'arrhe donnée, le vendeur coupable sera tenu de rendre le double de l'arrhe reçue[8]. Dans le but de conserver l'arrhe reçue, le créancier dispose d'une exception de dol contre une demande en restitution de l'arrhe; pour obtenir la restitution du double de l'arrhe donnée, il recourra à l'action naissant du contrat de bonne foi, à l'*actio empti* par exemple[9] ou bien à l'action *praescriptis verbis* résultant des contrats innomés, car la dation d'arrhes appartient à cette catégorie de contrats[10]. Mais, comme à l'occasion d'une clause pénale, le créancier ne peut cumuler la poursuite de l'obligation principale et celle de la peine arrhale; il serait contradictoire de demander à la fois l'exécution de l'obligation principale et la peine donnée pour le cas d'inexécution[10a]. Les parties peuvent déroger à ces règles et surtout convenir que les arrhes auront le

(2) C. 5, 1, *de sponsal.*, L. 3. Cette hypothèse comprend aussi celle où le contrat a été résilié de commun accord; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 6 initio; C. 4, 45, *quando lic. ab empt. discedere*, L. 2 pr. et § 1.

(3) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 6. — (4) L. 11 § 6, cit., vis Ego illud quaero.....

(5) Cf. D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 8. — (6) Arg. D. *eod.*, L. 6 pr.

(7) L. 6 pr., cit.

(8) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, pr. i. f.; *Recueil de droit syro-romain*, § 51; ces textes sont expliqués à la note 16, nos 1-2, du présent paragraphe.

(9) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 6.

(10) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 5.

(10a) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 28, vis si consecutus fuerit....., et D. 17, 2, *pro socio*, L. 42; cf. § 309, I initio.

caractère d'un dédit, c'est-à-dire que chacun des contractants aura la faculté de se désister du contrat par l'abandon de l'arrhe donnée ou par la restitution du double de l'arrhe reçue. Il se forme alors une obligation dite facultative; chaque partie ne doit exécuter que son obligation principale, avec la faculté de s'y soustraire en abandonnant l'arrhe donnée ou en restituant le double de l'arrhe reçue. Le vendeur peut seulement être actionné en livraison de la chose vendue et il a la faculté de rompre le contrat en rendant le double de l'arrhe reçue; l'acheteur peut seulement être poursuivi en payement du prix de vente et il est libre de se dégager en abandonnant l'arrhe donnée. Mais, pour que les arrhes constituent un dédit d'un contrat parfait, une convention spéciale est indispensable. Ce système est conforme aux principes généraux du droit et à la volonté des parties. Un contrat qui serait parfait abstraction faite d'une dation d'arrhes, ne doit pas devenir imparfait parce que des arrhes ont été données; dans la dation d'arrhes, l'intention des parties est plutôt de garantir l'exécution du contrat par la menace d'une peine que d'en affaiblir la force obligatoire.

2° Parfois l'arrhe est donnée *avant* la perfection du contrat, à l'occasion d'une simple promesse de contracter. D'abord il se peut que les parties soient convenues de mettre le contrat par écrit; alors le droit romain admet que le contrat devient seulement parfait par la rédaction de l'écrit; jusque-là chaque partie est libre de se rétracter en refusant de signer l'écrit; il n'y a provisoirement que de simples pourparlers relatifs à un contrat littéral(11). Il se peut aussi qu'il y ait eu seulement des pourparlers relatifs à un contrat à conclure plus tard oralement(12). Lorsque l'arrhe a été donnée ainsi avant la perfection du contrat, elle est sujette à restitution si le contrat se parfait, car elle a atteint son but; elle peut être répétée par l'action naissant du contrat de bonne foi ou par une *condictio sine causa*(13). Mais si l'une des parties se refuse à parfaire le contrat, l'arrhe produit son effet pénal; le contractant qui se désiste, perd l'arrhe donnée ou bien doit rendre le double de l'arrhe reçue(14); dans la première hypothèse, l'adversaire se défendra par une exception de dol; dans la seconde, il exercera l'action *praescriptis verbis* en vertu du contrat innomé résultant de la dation d'arrhes(15).

II. D'après cet exposé, l'arrhe par sa nature est toujours confirmatoire; elle assure dans tous les cas l'exécution du contrat. Il n'y

(11) C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17 § 2.
(12) L. 17 § 2 cit. Cf. T. III, § 374, II, 2° et 3°.
(13) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 6. — (14) C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17 § 2.
(15) Arg. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 5.

a pas d'arrhe pénitentielle par elle-même, l'arrhe comme telle n'a jamais le caractère d'un dédit, elle n'est jamais donnée pour permettre à une partie de désister d'un contrat par l'abandon de l'arrhe donnée ou par la restitution du double de l'arrhe reçue. Cette proposition est évidente si l'arrhe a été donnée avant la perfection du contrat; l'arrhe empêche alors les parties de se dégager impunément, ce qu'elles pourraient faire à défaut d'arrhe. Mais le principe n'est pas moins certain si l'arrhe a été donnée à l'occasion d'un contrat parfait. Sans doute il se peut qu'un désistement soit permis dans ce cas moyennant l'abandon de l'arrhe donnée ou la restitution du double de l'arrhe reçue; seulement ce sera ne vertu d'une convention spéciale, d'un *pactum displicentiae**, et non en vertu de la dation d'arrhe; loin de permettre le désistement, l'arrhe l'entravera, puisque, sans elle, on pourrait se désister impunément[16].

(16) 1° I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, pr. i. f. " Ita tamen impune recedere eis conce-
" dimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum : hoc etenim subsecuto,
" sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere
" contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum
" restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est ".

Dans le *principium* du titre de la vente, Justinien s'occupe d'abord de la vente qui ne doit pas être mise par écrit (de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt). Il déclare cette vente parfaite par le seul consentement des parties, bien qu'aucune arrhe n'ait été donnée, car, dit-il, l'arrhe sert seulement à la preuve du contrat; il termine par l'observation qu'il n'a rien innové en ce qui concerne cette vente (nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est). Passant ensuite à la vente que les parties sont convenues de mettre par écrit (In his autem quae scriptura conficiuntur), l'empereur décide que chaque contractant est libre de s'en désister jusqu'à la rédaction de l'écrit, et cela impunément (sine poena). Ces derniers mots déterminent Justinien à parler une seconde fois des arrhes. Si, dit-il, des arrhes ont été données, on ne se dégage pas impunément; l'acheteur qui se désiste perd l'arrhe donnée, le vendeur qui se désiste doit rendre le double de l'arrhe reçue. Justinien ne se borne pas à énoncer cette règle pour le cas d'une arrhe donnée *avant* la perfection de la vente, comme il l'avait fait dans sa constitution du C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17 § 2; il l'étend au cas d'une arrhe donnée *après* la perfection de la vente « sive in scriptis sive *sine scriptis* venditio celebrata est »; les mots *celebrata est* ne conviennent même qu'à une vente parfaite. Sa décision ne signifie pas que l'un des contractants puisse se dégager de la vente par l'abandon de l'arrhe donnée ou par la restitution du double de l'arrhe reçue. Chaque partie a le droit d'exiger l'exécution du marché en renonçant au bénéfice de la convention arrhale; mais, si elle le préfère, elle peut aussi renoncer au bénéfice de la vente, en gardant l'arrhe reçue ou en réclamant la restitution du double de l'arrhe donnée.

2° *Recueil de droit syro-romain*, § 51 (traduction Bruns et Sachau) " Wenn ein
" Mann eine Sache kauft und gibt als Arrha eine Summe Geldes, und der Ver-
" käufer tritt zurück, so befiehlt das Gesetz, dass er die Arrha, die er bekommen,
" verdoppele gemäss der Summe Geldes. Wenn aber der Käufer zurücktritt, so

III. DES INTERCESSIONS.

D. 16, 1, et C. 4, 29, *ad senatus consultum Velleianum.*

GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Iéna, 1850-1851.

HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, Dusseldorf, 1870, et *Beiträge zur Lehre von der Intercession*, Goettingue, 1856.

CORSI, *La fidejussione considerata nei rapporti del codice civile coi principii del diritto romano*, Bologne, 1893, 3e édition.

GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tubingue, 1894.

§ 312. GÉNÉRALITÉS.

I. La notion de l'intercession acquit une certaine importance dans le droit romain lorsque les femmes furent déclarées incapables d'intercéder; dès ce moment, il s'agissait de préciser les actes juridiques auxquels s'appliquait cette incapacité. L'intercession (*intercessio*) est une convention conclue avec le créancier d'une autre personne, convention par laquelle on prend à sa charge la dette de cette personne(1). Ainsi :

1° L'intercession suppose une convention conclue avec le *créancier* d'un tiers. Une convention conclue avec le débiteur d'un tiers,

" verliert er seine Arrha ". Ce texte a la même portée que le passage précité des Institutes de Justinien.

3° D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 6 pr., SCAEVOLA, " De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, " *et ea lege uti venditor velit*, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio " nomine datum esset, apud venditorem remansurum ".

Ce passage prouve que si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur a l'option entre l'exécution de la vente et la rétention de l'arrhe.

Voyez en ce sens MAYNZ, II, § 259, 3°.

D'après l'opinion commune (BRUNS, *Syrisch-Röm. Rechtsbuch* II, p. 216-221. — WINDSCHEID, II, § 325, note 4. — DERNBURG, II, § 12 et note 7), si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur a l'option entre l'exécution du contrat et la rétention de l'arrhe; dans le cas d'un pacte commissoire, il peut aussi se faire restituer la chose vendue et garder l'arrhe reçue. Mais si le vendeur manque à son obligation de livrer la chose, l'acheteur aurait seulement le droit d'agir en exécution de la vente et en restitution du *simple* de l'arrhe donnée.

SAVIGNY, cité, II, § 79, p. 271 et note i, admet que, si l'une des parties n'exécute pas le contrat, elle peut y être contrainte, et qu'*en outre* elle perd l'arrhe donnée ou doit rendre le double de l'arrhe reçue.

D'après MOLITOR, cité, I, nos 172-177, la dation d'arrhes à l'occasion d'un contrat parfait permet aux parties de se désister par l'abandon de l'arrhe donnée ou par la restitution du double de l'arrhe reçue.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 8 § 1 i. f.

par exemple la promesse de payer sa dette, ne constitue pas une intercession. Déjà le sens vulgaire du mot intercession conduit à ce résultat; on n'intercède pas pour quelqu'un auprès de lui-même, mais auprès d'un autre(2).

2° Il faut que l'intercédant prenne à sa charge la dette d'autrui, soit en s'obligeant personnellement, soit en concédant une hypothèque(3). Payer la dette d'autrui, ce n'est pas intercéder, puisqu'on n'assume aucune obligation(4). Pour le même motif, il n'y a pas intercession lorsque nous déléguons notre débiteur au créancier d'un tiers(5). Cette condition s'explique historiquement. La notion de l'intercession pénétra dans le droit romain avec le sénatus-consulte Velléien, qui défendit aux femmes d'intercéder; le sénatus-consulte craignait que les femmes ne prissent trop facilement à leur charge les dettes d'autrui, dans l'espoir que le débiteur principal les payerait; il ne craignait pas qu'elles fissent à la légère des actes tels que les payements de dettes d'autrui ou des donations; on ne peut se faire d'illusion sur la portée de ces actes par lesquels on se dépouille actuellement(6).

3° La dette d'autrui que l'intercédant prend à sa charge, ne peut pas être indirectement la sienne; celui qui prend à sa charge sa propre dette, n'intercède pas pour un autre, mais gère une affaire personnelle. Le vendeur qui intervient dans un procès pour défendre l'acheteur contre l'éviction, n'intercède point, pas plus que le mandant qui s'oblige envers le créancier de son mandataire pour libérer ce dernier des obligations contractées dans l'exécution du mandat(7). Il résulte de là qu'on ne conçoit pas une intercession *animo donandi*, par exemple si on fait une donation au débiteur d'un tiers en payant ou en promettant de payer sa dette dans une pensée de libéralité. Si on paye la dette, on ne contracte pas d'obligation; si on promet de la payer, comme on gratifie le débiteur, on prend à sa charge une dette personnelle(8). Il n'y a pas non plus intercession lorsqu'on assume vis-à-vis de quelqu'un les risques d'une affaire, par exemple d'une adition d'hérédité(9); ici encore on prend à sa charge une dette propre(10).

II. Les modernes distinguent des intercessions privatives et des intercessions cumulatives.

(2) D. *h. t.*, L. 19 pr. et § 2. « Quando vix sit, dit Africain à la fin de la loi 19 pr., « ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit ».

(3) D. *h. t.*, L. 8 pr. initio.

(4) D. *h. t.*, L. 4 § 1, vis Sed et si tibi....., L. 5; C. *h. t.*, L. 1 i. f., L. 4 § 1.

(5) D. *h. t.*, L. 5 i. f., L. 8 § 5, cf. § 6. — (6) C. *h. t.*, L. 4 pr.

(7) Cf. D. *h. t.*, L. 3, L. 13 pr. L. 22, L. 24 pr.

(8) D. *h. t.*, L. 4 § 1, vis Sed et si tibi..... — (9) D. *h. t.*, L. 19 § 1.

(10) Voyez encore D. *h. t.*, L. 8 § 1, L. 13 pr., L. 19 § 3, L. 32 pr.

1° L'intercession est privative quand le débiteur principal est exclu de l'obligation, ce qui peut se faire de deux manières. Ou bien on peut libérer le débiteur principal de la dette qu'il a déjà contractée et s'obliger en son lieu et place par la voie de la novation[11]. Ou bien on peut intervenir en faveur de quelqu'un de façon à l'empêcher de s'obliger, en s'obligeant soi-même dans l'intérêt du tiers. Supposons que A veuille emprunter 1000 de B; mais B, qui n'a pas confiance dans la solvabilité de A, n'entend pas lui faire le prêt; dans ces circonstances, j'emprunte moi-même les 1000 de B en vue de A, auquel je remets les fonds; par mon intervention j'aurai empêché A de s'obliger[12]. De ces deux espèces, la première appartient à la théorie de la novation[13], la seconde n'exige pas un examen spécial.

2° L'intercession est cumulative quand le débiteur principal demeure tenu à côté de l'intercédant. Tel est le cas où l'on donne une hypothèque en sûreté de la dette d'autrui; on oblige ainsi la chose hypothéquée au payement de cette dette[14]. Il y a encore intercession cumulative si on s'oblige comme débiteur solidaire *principal* à côté de celui pour lequel on intercède; alors toutes les règles de la solidarité principale sont applicables, sauf que l'intercédant à un recours pour le tout contre le coobligé pour lequel il a intercédé[15]. Mais l'intercession cumulative la plus usuelle, c'est le cautionnement par lequel on s'oblige *accessoirement* à payer la dette d'autrui; celui qui intercède de cette manière s'appelle caution et la personne cautionnée débiteur principal. A Rome le cautionnement revêtait trois formes : la fidéjussion (§ 313-316), le constitut de la dette d'autrui (§ 317) et le mandat en faveur d'un tiers (§ 318)[16].

(11) C. *h. t.*, L. 4 pr. initio.

(12) C. *h. t.*, L. 4 pr. i. f., L. 19; D. *h. t.*, L. 29 pr. Pour qu'il y ait intercession dans l'espèce, il faut que le créancier ait eu connaissance de la supposition de personnes; D. *h. t.*, L. 4 pr., L. 11-12, L. 27 pr. — (13) Cf. T. IV, § 516-518.

(14) C. *h. t*, L. 4 pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 8 pr. initio. — (15) D. *h. t.*, L. 17 § 2.

(16) Le droit classique connaissait de plus la *sponsio* et la *fidepromissio*; Gaius, III, 115. Comme dans la fidéjussion, on s'y servait de la stipulation et ce furent les termes de celle-ci qui donnèrent lieu aux dénominations de *sponsio* et de *fidepromissio* (*Idem dari spondes? Spondeo. — Idem fidepromittis? Fidepromitto*); Gaius, III, 116 initio. En vertu d'une loi *Cornelia* attribuée à Sylla, le fidéjusseur, le *sponsor* et le *fidepromissor* ne pouvaient se porter caution en une seule année en faveur du même débiteur et vis à-vis du même créancier pour plus de 20 000 sesterces; Gaius, III, 124, cf. 125. La *sponsio* et la *fidepromissio* étaient plus rigoureuses que la fidéjussion.

1° Elles servaient seulement à cautionner des obligations verbales; Gaius, III, 119.

2° D'après une loi *Cicereia*, le créancier devait déclarer l'objet précis de la

A) *De la fidéjussion.*

I. 3, 20, *de fidejussoribus.* — D. 46, 1, et C 8, 40 (41), *de fidejussoribus et mandatoribus.*

§ 313. NOTIONS ET ESPÈCES.

1° La fidéjussion (*fidejussio*) est une stipulation par laquelle on s'oblige accessoirement à payer la dette d'autrui[1]. Elle emprunte son nom aux termes qui y étaient employés : *Idem fide tua esse jubes? Idem fide mea esse jubeo*[2]. Comme toutes les stipulations, elle était de droit strict[3].

2° On distingue une fidéjussion principale et une arrière-fidéjussion. On peut même être arrière-fidéjusseur (*fidejussor succedaneus**) en deux sens différents. On peut être fidéjusseur du fidéjusseur (*fidejussor fidejussoris*), c'est-à-dire être garant du fidéjusseur principal vis-à-vis du créancier. Une pareille caution a, par rapport à la caution principale, la même position que celle-ci a par rapport au débiteur principal ; le créancier a trois rangs d'obligés : le débiteur principal, le fidéjusseur principal et le fidéjusseur du fidéjusseur[4].

dette et le nombre des *sponsores* ou des *fidepromissores*; Gaius, III, 123.

3° La *sponsio* et la *fidepromissio* valaient seulement pour deux ans, du moins en Italie, en vertu d'une loi *Furia* (Gaius, III, 121 initio et 121a initio) et elles ne passaient pas aux héritiers de la caution; Gaius, III, 120.

4° A l'origine plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores* étaient tenus solidairement, sans avoir un recours les uns contre les autres. Plus tard une loi *Appulcia* de l'an 102 avant J. C. accorda un recours partiel; Gaius, III, 122 initio. Peu de temps après, une loi *Furia* disposa pour l'Italie que l'obligation des *sponsores* ou *fidepromissores* se diviserait de plein droit entre eux (Gaius, III, 121 et 121a); on discutait sur le point de savoir si le recours partiel subsistait entre eux; Gaius, III, 122, vis Unde quaeritur..... valde quaeritur. La loi *Appuleia* resta en vigueur dans les provinces, où les *sponsores* et *fidepromissores* étaient tenus solidairement et jouissaient d'un recours partiel les uns contre les autres; mais on leur accorda le bénéfice de division créé par Adrien pour les fidéjusseurs; Gaius, III, 12 a.

5° Le *sponsor* exerçait son recours contre le débiteur principal par une *actio depensi* que lui avait accordée une loi *Publilia* (Gaius, III, 127); il pouvait y recourir à la *manus injectio* indépendamment d'un jugement préalable (Gaius, IV, 22 initio) et le débiteur principal qui contestait la demande, était condamné au double; Gaius, III, 127, IV, 9; Paul, I, 19, § 1.

6° La *sponsio* était limitée aux citoyens romains; Gaius, III, 93.

A toutes ces cautions il faut encore ajouter le *vas* (*Loi des Douze tables*, Table I, fr. 10; Festus, v° Vadem) et le *praes* (Gaius, IV, 16), qui intervenaient fréquemment dans l'ancienne procédure romaine; cf. T. I, § 127, I, 1°, et T. II, § 201a, 1°; voyez encore T. I, § 55, I, 1°, et T. IV, § 459, I.

La *sponsio*, la *fidepromissio*, le *vas* et le *praes* n'existent plus dans la législation de Justinien.

(1) Cf. Gaius, III, 115 et 116 initio.

(2) Gaius, III, 116 initio; I. *h. t.*, § 7. — (3) Cf. T. IV, § 394, 2°.

(4) D. *h. t.*, L. 8 § 12, L. 27 § 4.

On peut aussi être garant du débiteur principal vis-à-vis du fidéjusseur principal. Un tel cautionnement est sans effet à l'égard du créancier; il ne confère des droits qu'au fidéjusseur principal qui a payé la dette et qui a acquis de ce chef un recours contre le débiteur principal; l'arrière-fidéjusseur est garant de ce recours et, comme tel, soumis à une action de la part du fidéjusseur principal(5). C'est un cautionnement d'une dette future(6).

§ 314. CONDITIONS DE LA FIDÉJUSSION.

La fidéjussion, pour être valable, exige la réunion des conditions suivantes :

1° Le fidéjusseur doit être capable de s'obliger, puisqu'il s'oblige au payement de la dette d'autrui; les impubères sont incapables de se porter fidéjusseurs. Une incapacité spéciale frappe les femmes, il en sera question plus loin(1).

2° Il faut qu'il existe une obligation principale, sinon le cautionnement n'a pas d'objet; il ne se conçoit pas sans une obligation principale qu'il est destiné à garantir(2). On ne cautionne pas valablement une dette inexistante, telle qu'une dette de jeu ou d'intérêts usuraires(3). Si l'obligation principale est inefficace à cause d'une exception péremptoire appartenant au débiteur, comme l'exception de dol ou de violence, le cautionnement est atteint de la même inefficacité(4). Mais il est permis de cautionner toute espèce de dettes valables(5). L'obligation principale peut être conditionnelle ou à terme; le fidéjusseur sera tenu sous la même modalité(6). L'obligation principale peut aussi n'être que naturelle(7); dans ce cas, le fidéjusseur sera tenu, non pas en vertu d'une simple obligation naturelle, mais civilement; le créancier aura une action contre lui, bien qu'il n'en ait pas contre le débiteur principal. On ne peut objecter que l'accessoire doit participer de la nature du principal; tout ce qui résulte du caractère accessoire du cautionnement, c'est qu'il suppose une obligation principale et ne peut avoir plus d'étendue que celle-ci; il n'est pas nécessaire que l'accessoire ait la même nature que le principal(8).

§ 313. — (5) D. *h. t.*, L. 4 pr. — (6) Cf. le paragraphe suivant n° 2 i. f.

§ 314. — (1) T. III, § 319-320*a*. D'autres incapacités furent édictées sous le Bas-Empire contre les militaires (C. 4, 65, *de loc.*, L. 31) et les membres du clergé; Nov. 123, c. 6. — (2) Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 178.

(3) D. *h. t.*, L. 29, L. 46, L. 70 § 4-5; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 1 § 2, L. 6.

(4) Cf. le paragraphe suivant n° II initio.

(5) D. *h. t*, L. 1, L. 8 § 6. — (6) D. *h. t.*, L. 8 § 7, L. 16, § 5, L. 57.

(7) I. *h. t.*, § 1 i. f.; D. *h. t.*, L. 6 § 2, L. 7, L. 16 § 3.

(8) D. *h. t.*, L. 21 § 2, v^is Quod si hic servus....., L. 60 initio; Théophile,

L'hypothèque est un accessoire de la créance qu'elle garantit; mais elle a une tout autre nature, elle constitue un droit réel. Au reste la fidéjussion peut intervenir avant comme après l'obligation principale(9); dans le premier cas, l'obligation du fidéjusseur sera future comme celle du débiteur principal(10). Il y a aussi fidéjussion d'une dette future lorsque Primus promet à Secundus de lui prêter 1000 as et que Tertius se porte fidéjusseur de Secundus vis-à-vis de Primus pour le cas où les 1000 as seraient prêtés à Secundus(11).

3° Le fidéjusseur ne peut s'engager d'une manière plus étendue que le débiteur principal; la dette principale étant de 10000, le fidéjusseur ne peut promettre 12000(12); de même le fidéjusseur ne peut s'engager purement et simplement, alors que le débiteur est tenu sous condition ou à terme(13); il ne peut pas non plus promettre de payer à un endroit plus défavorable(14). Le cautionnement, en tant qu'il dépasse l'obligation principale, manque d'objet; il ne se rapporte plus à une dette principale(15). La règle dont il s'agit est fondée sur la nature des choses. Mais à Rome elle avait une sanction sévère, parce que la fidéjussion était de droit strict(16); la fidéjussion qui était plus étendue que l'obligation principale, était nulle pour le tout et non pas simplement réduite à la dette principale(17). Le fidéjusseur peut s'engager d'une manière moins étendue que le débiteur principal(18). D'autre part, le fidéjusseur ne peut pas s'engager à payer autre chose que le débiteur principal,

I. 3, 20, § 1. Le premier passage admet formellement l'obligation civile du fidéjusseur d'une dette naturelle. D'après le second, si un débiteur principal est libéré de manière à demeurer débiteur naturel, son fidéjusseur est tenu (teneri fidejussorem) et par là le jurisconsulte fait sans nul doute allusion à une obligation civile. Théophile est très explicite : si, dit-il, les débiteurs principaux sont tenus naturellement, leurs fidéjusseurs le sont naturellement et civilement.

Cependant, s'il s'agit d'un débiteur auquel la loi accorde une exception *in odium creditoris*, comme dans le cas d'un prêt d'argent fait à un enfant sous puissance, le fidéjusseur dispose en principe de la même exception, sinon la loi manquerait son but; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9 § 3 initio. Cf. le paragraphe suivant n° II initio. — (9) I. *h. t.*, § 3; D. *h. t.*, L. 6 § 2 initio.

(10) L. 6 § 2 cit. i. f. — (11) Voyez encore le paragraphe précédent n° 2 i. f.

(12) I. *h. t.*, § 5 initio. — (13) § 5 cit. i. f.; D. *h. t.*, L. 8 § 7 i. f., L. 16 § 5.

(14) D. *h. t.*, L. 16 § 1-2.

(15) I. *h. t.*, § 5 initio. — (16) Cf. le paragraphe précédent n° 1°.

(17) I. *h. t.*, § 5; D. *h. t*, L. 8 § 7. L'opinion contraire manque de fondement; voyez Molitor, cité, II, n° 1121 i. f., Vangerow, III, § 578, *Anm.* 1 i. f., et Maynz, II, § 262 et note 8.

(18) I. *h. t.*, § 5; D. *h. t.*, L. 8 § 7, 10 et 11, L. 9, L. 16 § 5, L. 70 pr. et § 1. D'après nos sources, il est permis au fidéjusseur de s'engager *in leviorem causam*, mais non *in duriorem causam*; D. *h. t.*, L. 8 § 7 initio. L'expression n'est pas à l'abri de la critique; il est certain que le fidéjusseur d'une obligation naturelle est tenu *in duriorem causam*; cf. le n° 2 i. f. du présent paragraphe. Il vaut mieux

alors même qu'il ne promettrait pas plus; si la dette principale porte sur 10000 as, la fidéjussion ne peut avoir pour objet du blé pour une valeur de 10000 as, encore à peine de nullité complète du cautionnement; c'était une autre conséquence du caractère strict de la fidéjussion[19].

4° La fidéjussion doit se contracter dans la forme de la stipulation; les parties doivent être présentes au contrat et consentir par une question du créancier et une réponse du fidéjusseur[20].

§ 315. EFFETS DE LA FIDÉJUSSION.

La fidéjussion a pour effet d'obliger le fidéjusseur envers le créancier; celui-ci dispose de l'*actio ex stipulatu*[1]. Pour déterminer l'étendue de l'obligation du fidéjusseur, il faut avant tout consulter le contrat intervenu entre parties. Il est loisible au fidéjusseur de ne s'engager que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, par exemple seulement pour la somme faisant l'objet de l'obligation principale; la prudence lui commande de limiter ainsi son cautionnement pour se soustraire au payement des dommages et intérêts, qui dépassent souvent d'une manière sensible le montant de la dette originaire[2]. Le fidéjusseur peut aussi se borner à cautionner une quote-part de l'obligation principale[3]. A l'époque classique, parfois le fidéjusseur promettait seulement de payer au créancier ce qu'il ne parviendrait pas à obtenir du débiteur principal (*quod a debitore servari non possit*)[4]; les modernes ont appelé une pareille fidéjussion *fidejussio indemnitatis*. Dans ce cas, le fidéjusseur n'était pas tenu envers le créancier qui avait négligé de poursuivre le débiteur principal à l'époque où il était encore solvable; d'après les termes mêmes de son engagement, le fidéjusseur était libéré par suite de la négligence du créancier[5]. Mais dans le nouveau droit romain, par suite de l'introduction du bénéfice d'ordre, le fidéjusseur n'est jamais tenu qu'au payement de ce que le créancier n'a pu obtenir du débiteur principal, comme nous le démontrerons bientôt[6], et partant la clause susdite n'a plus d'objet. Sauf convention contraire, le fidéjusseur est tenu

dire que le fidéjusseur ne peut pas s'engager d'une manière plus étendue que le débiteur principal, ce qui ne l'empêche pas d'être tenu plus étroitement, *in strictiorem causam*, dans le cas où l'obligation principale est naturelle.

(19) D. *h. t.*, L. 42, L. 38 pr., L. 8 § 8-9.

(20) Gaius, III, 116 initio; I. *h. t.*, § 7; D. *h. t.*, L. 8 pr.; cf. I. *h. t.*, § 8.

(1) Arg. Gaius, III, 116 initio. — (2) D. *h. t.*, L. 68 § 1. — (3) D. *h. t.*, L. 9.

(4) D. *h. t.*, L. 41 pr.

(5) L. 41 pr. cit; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 116; cf. D. *h. t.*, L. 52 pr., L. 63.

(6) N° II, B, 1°, du présent paragraphe.

exactement de la même manière que le débiteur principal[7], ni à moins, ni à plus.

I. Il n'est pas tenu à moins. Il est obligé solidairement au payement de la dette, alors même qu'il y a plusieurs fidéjusseurs[8]. Indépendamment de la dette proprement dite, il est tenu de toutes les prestations accessoires qu'il a prévues ou pu prévoir à l'époque de la fidéjussion, car l'accessoire suit toujours le principal. Mais il faut que le fidéjusseur ait prévu ou pu prévoir lors du cautionnement la prestation accessoire, sinon il n'a pas voulu la cautionner. Par application de ce principe, si l'obligation principale se résout en dommages et intérêts ou bien donne lieu à des intérêts moratoires, le fidéjusseur doit payer les uns et les autres; il a pu prévoir lors de la fidéjussion l'inexécution coupable de l'obligation et la demeure du débiteur[9]. Il répond aussi des intérêts conventionnels et de la peine stipulée, si la promesse des intérêts ou de la peine n'est pas postérieure au cautionnement; sous cette condition, il a prévu la prestation dont il s'agit[10]. Que décider si la chose due périt par la faute du fidéjusseur? Certes le débiteur principal est libéré, puisque, à son égard, la perte de la chose a un caractère accidentel; mais, nonobstant cette libération, qui devrait rigoureusement entraîner celle du fidéjusseur, celui-ci demeure tenu à raison de sa faute[11]. De même, si le fidéjusseur est mis en demeure, il doit seul les intérêts moratoires[12].

II. D'autre part, le fidéjusseur n'est pas tenu à plus que le débiteur principal; il dispose en général des mêmes exceptions[13]. Le créancier ne peut donc pas le poursuivre avant l'accomplissement de la condition ou l'expiration du terme ajouté à l'obligation principale[14]. Si la convention principale a été surprise par dol ou extorquée par des menaces, l'exception de dol ou de violence compète au fidéjusseur comme au débiteur principal[15]. De même, si

(7) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 32 pr. i. f.; D. *h. t.*, L. 56 § 2 i. f.

(8) I. *h. t.*, § 4 initio; C. *h. t.*, L. 5, L. 23.

(9) D. 19, 2, *loc.*, L. 54 pr.; D. 22, 1, *de usur.*, L. 24 § 1; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 88 initio; D. *h. t.*, L. 58 § 1, L. 91 § 4-5. Cf. D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 8.

(10) D. *h. t.*, L. 68 pr.; D. 50, 1, *ad munic.*, L. 17 § 15; D. 50, 8, *de admin. rer. ad civit. pertin.*, L. 3 § 1 (L. 2 § 12). Cf. C. 4, 32, *de usur.*, L. 4.

(11) La question fut discutée parmi les jurisconsultes romains. Neratius Priscus, Julien et Papinien n'accordaient qu'une action de dol contre le fidéjusseur; D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 19. Mais on finit par le soumettre à une action utile *ex stipulatu;* D. 22, 1, *de usur.*, L. 32 § 5; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 88 i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L. 38 § 4 i. f., L. 95 § 1 i. f.

(12) D. 22, 1, *de usur.*, L. 32 § 5. Voyez encore D. 45, 1, *de V. O.*, L. 91 § 4, et L. 49 pr. i. f. cbn. avec l'initium.

(13) I. 4, 14, *de replicat.*, § 4 initio; D. 44, 1, *de except.*, L. 19; D. *h. t.*, L. 15 pr., L. 32. — (14) D. *h. t.*, L. 57.

(15) D. 44, 1, *de except.*, L. 7 § 1 initio; D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 6. Voyez encore D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 16 § 1.

un prêt d'argent a été fait à un enfant sous puissance, contrairement au sénatus-consulte Macédonien, le fidéjusseur de l'enfant dispose en thèse générale de l'*exceptio senatus consulti Macedoniani*. Si on la lui refusait, le créancier serait satisfait au détriment du débiteur principal; celui-ci serait soumis à un recours de la part de son fidéjusseur qui aurait payé le créancier(16). Le fidéjusseur profite encore généralement de la restitution en entier obtenue par le débiteur principal(17); une fois qu'elle a été prononcée, la restitution en entier forme pour le débiteur principal un moyen de défense ordinaire, dont le fidéjusseur aussi doit être autorisé à se prévaloir(18). Enfin, le fidéjusseur peut en général invoquer toutes les causes d'extinction de l'obligation principale(19), notamment le payement(20), l'acceptilation(21), la compensation(22), la novation(23), la confusion(24), la prescription de l'obligation principale(25) et le cas

(16) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9 § 3 initio La règle cesse : 1° si le fidéjusseur a voulu garantir le créancier contre l'exception, ce qu'il faut admettre s'il a su que l'emprunteur était un fils de famille; cf. n° II, A, 2°, du présent paragraphe; 2° si le fidéjusseur était sans recours contre l'emprunteur; cf. n° II, A, 3°, de ce paragraphe.

(17) Il ne peut pas demander lui-même la restitution en entier au nom du débiteur principal; il ne s'agit pas ici pour le fidéjusseur d'opposer une exception du débiteur, mais d'exercer, au nom du débiteur, une action personnelle à ce dernier; arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 § 3; si, dans ce passage, Papinien accorde au fidéjusseur la restitution en entier pour cause de minorité, c'est parce qu'il était devenu l'héritier du débiteur principal mineur. *Non obstat* D. 44, 1, *de except.*, L. 7 § 1 i. f.; ce texte se borne à permettre au fidéjusseur d'un mineur d'opposer l'exception de dol *vel legis Plaetoriae* lorsque des manœuvres frauduleuses ont été employées envers le mineur (si... quis fidejusserit.. pro minore viginti quinque annis circumscripto); en effet, le jurisconsulte ajoute immédiatement que si le mineur a été lésé sans la fraude de son cocontractant (si deceptus sit in re), lui-même et son fidéjusseur disposent seulement d'une exception contre le créancier après que la restitution en entier a été obtenue par le mineur. VANGEROW, I, § 179, *Anm.* — MAYNZ, II, § 263, note 14.

(18) D. 4, 4, *de minor.*, L. 3 § 4 " Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut " solet interdum fidejussori ejus prodesse, videamus.. „.

D. 44, 1, *de except.*, L. 7 § 1 " quod si deceptus sit in re (*scil. minor viginti* " *quinque annis*), tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec " fidejussori danda est exceptio „.

D. 3, 3, *de procur.*, L. 51 pr. " Minor viginti quinque annis si defensor existat, " ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est, quia et " ipsi et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur „.

Cf. ci-après n° II, A, 2°, du présent paragraphe.

(19) D. 46, 3, *de solut.*, L. 43 initio. — (20) I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. i. f.

(21) D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 7 § 12, L. 16 pr. — (22) D. 16, 2, *de compens.*, L. 4, L. 5.

(23) D. *h. t.*, L. 60 i. f.; C. *h. t.*, L. 4. — (24) D. *h. t.*, L. 21 § 3 initio, L. 71 pr.

(25) Il faut en dire autant du jugement absolutoire (D. 44, 1, *de except.*, L. 7 § 1 initio) et de la prestation du serment décisoire; D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 28 § 1 initio, cf. L. 42 pr. et § 3.

fortuit. Le fidéjusseur peut se prévaloir en thèse générale d'une remise de dette accordée au débiteur principal par simple convention, sinon la remise ne profiterait pas même au débiteur principal, qui subirait le recours de son fidéjusseur[26]. Dès que le fidéjusseur a acquis une exception, celle-ci constitue pour lui un droit qu'il n'est pas au pouvoir du débiteur principal de lui enlever; le fidéjusseur conserve le droit d'invoquer un pacte libératoire consenti au débiteur principal, bien que celui-ci renonce plus tard au bénéfice de la remise[27]. Cependant :

A) il existe plusieurs exceptions du débiteur principal qui ne compètent pas au fidéjusseur. Ce sont :

1° les exceptions personnelles au débiteur principal[28], telles que l'exception résultant d'un pacte libératoire personnel[29] et le bénéfice de compétence[30];

2° les exceptions contre lesquelles le cautionnement a eu précisément pour but de garantir le créancier. Quelqu'un se porte fidéjusseur d'un mineur, sachant qu'il est mineur; il ne profitera

(26) I. 4, 14, *de replicat.*, § 4 initio; D. 2, 14, *de pact.*, L. 21 § 5. Cf. D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 2 pr. i. f., L. 5 pr., et D. *h. t.*, L. 49 pr.

Dans le droit classique, comme la *litis contestatio* impliquait une novation nécessaire, le fidéjusseur était encore libéré par la *litis contestatio* intervenue entre le créancier et le débiteur principal; Paul, II, 17, § 15 initio. Mais Justinien a aboli la novation résultant de la *litis contestatio* et, avec elle, la libération qu'elle procurait au fidéjusseur; C. *h. t.*, L. 28 pr., § 1 et 3.

(27) D. 2, 14, *de pact.*, L. 62 " Si reus, postquam pactus sit a se non peti pecu-
" niam ideoque coepit id pactum fidejussori quoque prodesse, pactus sit ut a se
" peti liceat : an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quaesitum est. Sed
" verius est semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem ulterius ei invito
" extorqueri non posse „.

Cf. D. *eod.*, L. 27 § 2 initio " Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret :
" prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipu-
" latio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur,
" in pactis factum versatur : et ideo replicatione exceptio elidetur. *Eadem ratione*
" *contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit* „.

Pour concilier cette dernière décision avec la loi 62, on propose de l'appliquer, soit au cas d'une fidéjussion postérieure au second pacte (Maynz, II, § 263, note 13. — Vangerow, III, § 578, *Anm.* 2 i. f.), soit à celui où le fidéjusseur aurait conclu lui-même le second pacte ou bien aurait adhéré à un pareil pacte du débiteur principal; *Basiliques* XI, 1, c. 27, scol. 10, et c. 61, scol. 1 et 2; Heimbach, I, p. 602 et 640 (Pothier, *Pand. Justin.* 2, 14, n° 78. — Vangerow, I. c.). La seconde explication heurte le moins les termes de la loi 27 § 2. Mais, en admettant une antinomie entre la loi 62 et la loi 27 § 2, la règle consacrée par la loi 62 mérite certainement la préférence; elle est seule rationnelle et est exposée de la manière la plus explicite.

(28) D. 44, 1, *de except.*, L. 7 pr. — (29) D. 2, 14, *de pact.*, L. 22.

(30) I. 4, 14, *de replicat.*, § 4 i. f.; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 24 pr., L. 41 pr. i. f.; D. 44, 1, *de except.*, L. 7 pr.; D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 § 1.

pas de la restitution en entier obtenue par le mineur, car il a voulu garantir le créancier contre le péril de cette restitution[31]. De même, le concordat accordé par la majorité des créanciers héréditaires à la personne appelée à l'hérédité de leur débiteur, dans le but de la déterminer à l'accepter, ne peut être opposé par le fidéjusseur; le cautionnement a pour but de prémunir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur et partant contre le concordat qui peut être accordé par suite de l'insolvabilité de son hérédité[32];

3° lorsque le fidéjusseur ne jouit pas d'un recours contre le débiteur principal, il n'est pas admis à opposer au créancier certaines exceptions qui lui compètent surtout à cause de son recours contre le débiteur principal. Telles sont l'exception résultant d'un pacte libératoire *in rem* consenti par le créancier au débiteur[33] et l'exception accordée à quelques débiteurs à titre de peine pour le créancier (*in odium creditoris*), comme l'*exceptio senatus consulti Macedoniani* dans le cas d'un prêt d'argent fait à un enfant sous puissance[34].

(31) Paul, I, 9, § 6 " Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id " consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur „. Voyez encore D. 4, 4, *de minor.*, L. 13 pr., et C. 2, 23 (24), *de fidej. minor.*, L 1, L. 2.

En ce sens Vangerow, I, § 183, *Anm.* 1, et Maynz, II, § 263, note 14.

(32) D. 17, 1, *mand.*, L. 58 § 1. Il en est autrement si le créancier a consenti au concordat; dans ce cas le fidéjusseur profite de la remise volontaire d'une partie de la dette comme de tout autre pacte libératoire; L. 58 § 1 cit. Autres applications : D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 14 i. f.; D. 46, 3, *de solut*, L. 95 § 1 i. f. (décès du bébiteur principal sans héritiers); D. 2, 8, *qui satisd. cog.*, L. 5 pr.; C. *h. t.*, L. 1 (grande ou moyenne diminution de tête du débiteur principal).

(33) D. 2, 14, *de pact.*, L. 32 " Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non " petatur, fidejussori quoque competere exceptionem : propter rei personam " placuit, ne mandati judicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte " si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fide- " jussori „. Cf. D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 5 pr.

(34) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9 § 3 " Non solum filio familias et patri ejus " succurritur, verum fidejussori quoque et mandatori ejus, qui et ipsi mandati " habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt : tunc enim cum " nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit.. „. Cf. D. *h. t.*, L. 60 initio.

Mais il est erroné de soutenir que le fidéjusseur qui est sans recours contre le débiteur principal, est privé d'une manière générale des exceptions appartenant à ce dernier. Ce système est insoutenable au point de vue des principes généraux du droit; si le fidéjusseur dispose des exceptions du débiteur principal, ce n'est pas à cause de son recours éventuel contre le débiteur, mais parce qu'il est tenu accessoirement de la même dette; le motif puisé dans le recours n'est déterminant que dans quelques cas particuliers et l'observation contraire de Justinien (I. 4, 14, *de replicat.*, § 4 initio) ne nous lie point. Le D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 16 § 1, est formel; il accorde l'*exceptio senatus consulti Velleiani* même au

B) D'autre part, le fidéjusseur dispose d'exceptions qui n'appartiennent pas au débiteur principal. Telles sont d'abord les exceptions de droit commun qui ont pris naissance en sa propre personne; sous ce rapport, il se trouve dans la même position que tout autre débiteur(35). En outre on lui a accordé trois bénéfices : le bénéfice d'ordre, le bénéfice de division et le bénéfice de cession d'actions. Nous venons de les citer dans l'ordre rationnel; historiquement ils se présentent dans l'ordre inverse. Le bénéfice de cession d'actions est le plus ancien, il remonte au moins aux premiers temps de l'empire(36); le bénéfice de division dut son origine à un rescrit d'Adrien(37); le bénéfice d'ordre ne fut introduit que par Justinien(38).

1° Le bénéfice d'ordre ou de discussion (*beneficium ordinis vel excussionis**) autorise le fidéjusseur poursuivi en premier lieu à demander la discussion préalable du débiteur principal(39), pourvu que celui-ci soit solvable, en tout ou en partie, sinon sa discussion n'a pas d'objet(40). Ce bénéfice se fonde sur la volonté présumée des parties; le fidéjusseur est censé s'engager seulement à payer au créancier ce qu'il ne pourra pas obtenir du débiteur principal; en d'autres termes, on présume d'une manière générale une *fidejussio indemnitatis**(41). D'après cela, le fidéjusseur sera libéré

fidéjusseur qui n'a pas l'*actio mandati contraria* contre la femme. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 578, *Anm.* 2, n° II, 2°, b, MAYNZ, II, § 263, note 12 i. f., et WINDSCHEID, II, § 477 et note 6.

Contra MOLITOR, cité, II, n° 1140.

(35) D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 6 i. f.; D. 2, 14, *de pact.*, L. 23; D. *h. t.*, L. 21 § 3, vis Quod si idem stipulator..... — (36) Arg. D. *h. t.*, L. 36, rubrique.

(37) GAIUS, III, 121, vis sed nunc..... partes petere; I. *h. t.*, § 4, vis Sed ex epistula..... partes petere. PAUL, I, 20, § 1, attribue la réforme à l'édit prétorien; il est possible qu'après le rescrit d'Adrien le bénéfice de division ait été réglé par le préteur.

(38) Nov. 4, c. 1. Justinien fait remonter le bénéfice à Papinien; mais celui-ci n'a pu connaître que la *fidejussio indemnitatis**; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 116. Cf. GLÜCK, XVIII, § 1084, p. 359-363. — (39) Nov. 4, c. 1 initio.

(40) C'est au fidéjusseur de prouver la solvabilité du débiteur principal, puisqu'il oppose une exception (arg. D. *h. t.*, L. 28, et C. 4, 19, *de probat.*, L. 3), à moins de fournir caution de ce chef; arg. D. *h. t.*, L. 10 pr.

Il ne faut pas non plus qu'à cause de l'éloignement du debiteur principal, sa poursuite présente des difficultés; autrement le créancier peut s'en tenir à la poursuite plus commode du fidéjusseur. C'est en ce sens que Justinien exige la présence du débiteur principal; Nov. 4, c. 1, vis Atque haec quidem..... exigere possit. Toutefois le fidéjusseur d'un débiteur absent peut obtenir un délai du juge pour faire reparaître le débiteur; si ce dernier ne reparaît pas dans le délai fixé, le fidéjusseur est tenu de répondre à l'action du créancier; Nov. 4, c. 1, vis Sed huic sane rei..... Voyez GLÜCK, XVIII, § 1084, p. 377. Cf. GIRTANNER, cité, II, § 27-28, p. 439-450, et WINDSCHEID, II, § 478 et note 2.

(41) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 116.

si, à la suite du retard coupable apporté par le créancier à la poursuite du débiteur principal, celui-ci est devenu insolvable, car la condition tacite sous laquelle le fidéjusseur s'est engagé, est défaillie[42]. A plus forte raison, si le bénéfice de discussion a été régulièrement opposé par le fidéjusseur et que plus tard le débiteur principal soit devenu insolvable avant d'avoir été discuté par le créancier, celui-ci supporte cette insolvabilité; le bénéfice d'ordre lui ayant été opposé, le créancier était engagé d'une manière spéciale à poursuivre sans retard le débiteur principal, de façon à prévenir son insolvabilité; il doit subir les conséquences de sa négligence[43]. Mais le bénéfice d'ordre cesse lorsque l'obligation principale n'est pas susceptible d'être efficacement poursuivie en justice, par exemple si le débiteur principal n'est tenu que naturellement ou bien s'il dispose d'une exception qui n'appartient pas au fidéjusseur; la discussion du débiteur principal manque d'objet dans ces cas, comme dans celui de l'insolvabilité du débiteur[44]. Le fidéjusseur perd aussi le bénéfice s'il y a renoncé d'une manière expresse ou tacite[45].

2° Le bénéfice de division (*beneficium divisionis**) suppose qu'il y ait plusieurs fidéjusseurs; il tend à faire diviser la poursuite entre les fidéjusseurs[46]. Il est analogue au bénéfice d'ordre et généralement soumis aux mêmes règles. Lui aussi se fonde sur l'idée d'une *fidejussio indemnitatis** : chaque fidéjusseur est censé s'être engagé seulement à payer la part de son cofidéjusseur, si le créancier ne parvenait pas à se la faire payer par ce dernier.

(42) C'était la règle suivie dans le droit classique à l'occasion d'une *fidejussio indemnitatis** (D. *h. t.*, L. 41 pr.), tandis qu'on admettait le contraire dans la fidéjussion ordinaire; D. *h. t.*, L. 62. Sous Justinien la fidéjussion ayant de plein droit le caractère d'une *fidejussio indemnitatis**, le principe qui régissait celle-ci, doit être généralisé.

Voyez en ce sens Girtanner, cité, II § 36, p. 483-490, Sintenis, II, § 129 et note 60, Vangerow, III, § 578, *Anm.* 4, Maynz, II, § 263, note 19, et Windscheid, II, § 478 et note 10.

Contra Puchta, *Pand*, § 405 i. f., Rudorff, *Zu* Puchta's *Pand.*, § 405, note r, et Arndts, § 357, 2 et *Anm.* 2.

(43) Arg. D. *h. t.*, L. 51 § 4. Ce passage consacre la règle dont il s'agit pour le bénéfice de division; on doit l'étendre par analogie au bénéfice d'ordre.

(44) Toutefois le fidéjusseur est libéré si le créancier a remis la dette au débiteur principal par une convention libératoire, réelle ou personnelle; dans l'espèce, le créancier est sans action efficace contre le débiteur principal, parce qu'il y a renoncé. De même, le fidéjusseur est libéré si, lors du cautionnement, il avait eu de justes motifs de croire que le créancier disposait d'une action efficace contre le débiteur principal; arg. D. *h. t.*, L. 48 pr. et § 1.

(45) ou bien s'il nie frauduleusement la fidéjussion; arg. D. *h. t.*, L. 10 § 1.

(46) Gaius, III, 121, v^is sed nunc..... partes habere; I. *h. t.*, § 4, v^is Sed ex epistula.....; D. *h. t.*, L. 26.

C'est pourquoi le bénéfice est subordonné à la solvabilité des cofidéjusseurs par rapport auxquels la division de la dette est réclamée(47). Si par suite de l'inaction coupable du créancier, l'un des fidéjusseurs devient insolvable, le créancier supporte sa part dans la dette; la part des autres n'est pas augmentée de ce chef(48). Le créancier supporte à fortiori l'insolvabilité d'un cofidéjusseur lorsqu'elle survient postérieurement à la division(49). Le bénéfice de division ne peut pas être invoqué quant à un cofidéjusseur contre lequel le créancier n'a pas d'action efficace(50) et il cesse en cas de renonciation(51).

3° Le bénéfice de cession d'actions (*beneficium cedendarum actionum**) a pour but d'obtenir la cession des actions qui appartiennent au créancier à raison de la dette cautionnée; telles sont l'*actio mutui* contre le débiteur principal, l'*actio ex stipulatu* contre les cofidéjusseurs, l'action hypothécaire contre les détenteurs de biens hypothéqués en sûreté de la dette(52). Cette cession d'actions est utile au fidéjusseur, soit pour lui procurer un recours qu'il n'a pas de plein droit contre le débiteur principal ou ses cofidéjusseurs(53), soit pour garantir un pareil recours par une hypothèque qui est attachée à la créance cautionnée(54). Mais la cession doit être réclamée avant la consommation du payement, car celui-ci éteint la dette et, avec elle, les actions du créancier; du moment que

(47) Voyez les textes de la note précédente; cf. D. *h. t.*, L. 28, L. 10 pr. De plus il faut que la poursuite des cofidéjusseurs ne présente pas de difficultés à cause de leur éloignement; arg. D. *h. t.*, L. 10 pr., v^is^ et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, *praesto* sint, et Nov. 4, c. 1. Contra WINDSCHEID, II, § 479 et notes 5^a^ et 6.

(48) Arg. D. *h. t.*, L. 41 pr. Voyez en ce sens WINDSCHEID, II, § 479 et note 11 initio, et, en général, aussi MAYNZ, II, § 263, note 25.

(49) D. *h. t.*, L. 51 § 4, L. 52 § 1; C. *h. t.*, L. 16.

(50) Par exemple le cofidéjusseur est une femme (D. *h. t.*, L. 48 pr.) ou un mineur; L. 48 cit. § 1 initio. Toutefois le fidéjusseur conserve son bénéfice s'il avait de justes motifs d'y compter (arg. L. 48 cit. pr. i. f.); tel est le cas où son cofidéjusseur est un mineur qu'il croyait majeur et qui s'est porté caution avec ou avant lui (arg. L. 48 cit. § 1 initio); il en serait autrement si le mineur avait cautionné après coup; L. 48 § 1 initio cit. Le fidéjusseur conserve encore son bénéfice, si l'inefficacité de l'action du créancier contre le cofidéjusseur provient d'un dol du créancier; ce dol ne doit nuire qu'à son auteur, par exemple le créancier a frauduleusement déterminé un mineur à cautionner après coup; L. 48 § 1 cit. i. f. Cf. POTHIER, *Pand. Justin.* 46, 1, n° 57, notes *a*, *b* et *c*, et DEMANGEAT, *Des obligations solidaires*, p. 392-395.

(51) C. *h. t.*, L. 10 § 1, ou bien de dénégation frauduleuse de la fidéjussion; D. *h. t.*, L. 10 § 1. Les fidéjusseurs d'un tuteur ne peuvent pas non plus s'en prévaloir; D. 46, 6, *rem. pup. salv. fore*, L. 12.

(52) D. *h. t.*, L. 17, L. 36; C. *h. t.*, L. 2 pr., L. 11, L. 14 § 1-2, L. 21, cf. L. 2 § 1.

(53) C. *h. t.*, L. 11. — (54) C. *h. t.*, L. 2 pr., L. 14 § 1-2, L. 21.

les actions du créancier sont éteintes, il ne peut plus être question de les céder[55]. Si les actions du créancier ont perdu de leur efficacité par sa faute, le fidéjusseur est libéré dans les limites de cette inefficacité; à cause des bénéfices d'ordre et de division, il est seulement tenu envers le créancier pour autant que celui-ci n'ait pu se faire payer autrement. Si le créancier laisse prescrire son action hypothécaire, le fidéjusseur sera libéré envers lui[56].

Il résulte de cet exposé que le bénéfice le plus avantageux est le bénéfice d'ordre; il tend à repousser le créancier pour le tout. Après lui vient le bénéfice de division, qui repousse au moins partiellement le créancier. Le bénéfice de cession d'actions est le moins favorable; il ne dispense pas le fidéjusseur du payement intégral de la dette; il a seulement pour effet de lui procurer un recours contre le débiteur principal ou les cofidéjusseurs ou bien de garantir ce recours. Dès lors le fidéjusseur qui est dans les conditions voulues pour user du bénéfice d'ordre, ne manquera pas de l'invoquer de préférence aux deux autres. Subsidiairement il opposera le bénéfice de division plutôt que le bénéfice de cession d'actions. Celui-ci ne sera invoqué qu'en dernier lieu, notamment lorsque le débiteur principal ou les cofidéjusseurs sont actuellement insolvables; dans ce cas, le fidéjusseur les poursuivra, par les actions cédées, après qu'ils seront devenus solvables, ou bien il exercera immédiatement l'action hypothécaire qui lui aura été cédée.

§ 316. DU RECOURS AUQUEL LA FIDÉJUSSION DONNE LIEU.

1° En règle générale, le fidéjusseur qui a payé le créancier, a un recours contre le débiteur principal, car le plus souvent il a cautionné le débiteur à la suite d'un mandat[1] ou comme gérant d'affaires[2]; à ce titre, il dispose des actions contraires de mandat ou de gestion d'affaires[3], indépendamment des actions du créancier qu'il a pu se faire céder[4]. Même si l'action contraire de gestion d'affaires est exclue par l'opposition que le débiteur a faite au cautionnement[5], le fidéjusseur peut se ménager un recours en se faisant céder les actions du créancier[6]. Mais, conformément aux principes

(55) C. *h. t.*, L. 11, L. 14 § 1-2. Voyez T. III, § 348 et note 17 initio. Cf. MAYNZ, II, § 188 et note 18.

(56) En ce sens ARNDTS, § 357, 2 et *Anm.* 2 initio, et MAYNZ, II, § 263, A i. f. Cf. WINDSCHEID, II, § 478, note 10 i. f. — Contra GIRTANNER, cité, II, § 33-34, p. 468-474, § 43, p. 543-544.

(1) I. *h. t.*, § 6; D. 17, 1, *mand.*, L. 6 § 2. — (2) Arg. D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 42 (43).

(3) Voyez les textes cités aux deux notes précédentes. — (4) C. *h. t.*, L. 14.

(5) D. 17, 1, *mand.*, L. 6 § 2 i. f., L. 40.

(6) Cf. le paragraphe précédent n° II, B, 3°.

généraux sur l'action contraire de gestion d'affaires[7], tout recours est refusé au fidéjusseur qui s'est porté caution contre le gré du débiteur principal[8] et qui n'a pas fait usage du bénéfice de cession d'actions, ainsi qu'au fidéjusseur qui n'a pas voulu obliger le débiteur principal, soit qu'il ait voulu lui faire une libéralité[9], soit pour un autre motif[10]. Le fidéjusseur est aussi privé de recours si l'obligation cautionnée a été contractée en réalité dans son propre intérêt; alors il a géré ses affaires personnelles et non les affaires d'autrui[11]. Dans les deux derniers cas, il n'est pas au pouvoir du fidéjusseur de se créer un recours en usant du bénéfice de cession d'actions; on ne comprend pas un recours de la part d'un fidéjusseur qui n'en a pas voulu lors du cautionnement ou qui a géré sa propre affaire. Le recours du fidéjusseur contre le débiteur principal suppose encore que le premier ait géré en bon père de famille, en ce qui concerne les moyens de défense à opposer au créancier[12]. — Le fidéjusseur est seulement admis à exercer son recours contre le débiteur principal après l'avoir libéré par le payement[13] ou par un acte équivalent comme la compensation[14], mais non si le créancier lui a accordé une libération personnelle. Toutefois le fidéjusseur peut, indépendamment de tout payement, se faire libérer par le débiteur principal, lorsqu'il a déjà été condamné à payer[15], lorsque le débiteur principal a promis de le décharger du cautionnement après un certain délai, qui est expiré[16], et lorsqu'il diminue les sûretés qu'il présentait lors de la fidéjussion, de manière à mettre en péril

(7) Cf. T. IV, § 474 I, 1° et 2°. — (8) D. 17, 1, *mand.*, L. 6 § 2 i. f., L. 40.

(9) D. 2, 14, *de pact.*, L. 32 i. f.; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 4 i. f.; D. 17, 1, *mand.*, L. 6 § 2 i. f. C'est ce qu'on devra souvent admettre si la fidéjussion a eu pour but de garantir le créancier contre une certaine exception du débiteur, auquel cas le fidéjusseur n'a pu l'opposer au créancier; cf. le paragraphe précédent n° II, A, 2°.

(10) Tel est le cas où le fidéjusseur n'a voulu qu'exécuter un mandat qui lui avait été donné par un tiers (D. 17, 1, *mand.*, L. 53, v^is^ quod si....., L. 21 initio); il ne cautionne alors ni comme mandataire, ni comme gérant d'affaires du débiteur. Il en est autrement s'il a reçu à la fois un mandat d'un tiers et un mandat du débiteur principal; L. 21 i. f., L. 53 initio, cit. Cf. WINDSCHEID, II, § 481 et note 2.

(11) D. 2, 14, *de pact.*, L. 24; D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 5 pr., v^is^ vel quid si....., cbn. avec l'initium.

(12) D. 17, 1, *mand.*, L. 29 pr., § 1-4; D. *h. t.*, L. 67; C. 4, 35, *mand.*, L. 10 i. f.

(13) L. 10 cit., v^is^ Si pro ea..... certum est.

(14) Voyez encore D. 17, 1, *mand.*, L. 10 § 13, L. 11, L. 12 pr , § 1-2, L. 26 § 3, et D. *h. t.*, L. 18, L. 64. — (15) D. *h. t.*, L. 45.

(16) Arg. C. 4, 35, *mand.*, L. 10 initio; cf. D. 17, 1, *mand.*, L. 45 § 2. Mais si l'on a cautionné seulement pour un certain temps, on est libéré de plein droit vis-à-vis du créancier par l'expiration du terme convenu.

le recours sur lequel le fidéjusseur avait le droit de compter[17].

2° Par contre le fidéjusseur qui paye la totalité de la dette, ne jouit généralement d'aucun recours contre ses cofidéjusseurs, faute d'un rapport de mandat ou de gestion d'affaires[18]. C'est seulement d'une manière exceptionnelle que l'un de ces rapports existera entre cofidéjusseurs; on conçoit que l'un d'eux ait reçu de l'autre le mandat de cautionner la dette ou bien qu'il ait voulu gérer l'affaire de l'autre, soit par le cautionnement même, soit en s'abstenant d'opposer le bénéfice de division; dans ces cas, il aura un recours contre son cofidéjusseur et il l'exercera par les actions contraires de mandat ou de gestion d'affaires ou bien par les actions cédées du créancier. Mais il est au pouvoir d'un fidéjusseur quelconque de se créer un recours contre ses cofidéjusseurs en usant du bénéfice de cession d'actions[19]. En ce qui concerne l'époque du recours, il suppose le payement de la dette. Si un fidéjusseur exerce contre ses cofidéjusseurs les actions du créancier qui lui ont été cédées, il doit, comme le créancier, subir le bénéfice de division.

B) *Du constitut de la dette d'autrui;* § 317.

D. 13, 5, *de pecunia constituta.* — C. 4, 18, *de constituta pecunia.*

La fidéjussion est un cautionnement du droit civil; le constitut de la dette d'autrui est un cautionnement du droit des gens, il fut introduit par l'édit prétorien[1]. Puisque le constitut de la dette d'autrui est un cautionnement comme la fidéjussion, il est en général soumis aux mêmes règles[2]. Le constituant doit être capable de s'obliger[3], il faut une obligation principale[4] et celle du constituant ne peut pas avoir plus d'étendue[5]. A l'instar du fidéjusseur, le constituant est tenu de la même manière que le débiteur principal,

(17) D. 17, 1, *mand.*, L. 38 § 1; C. 4, 35, *eod.*, L. 10 initio. Dans ces cas, le débiteur principal libérera le fidéjusseur en payant la dette ou bien, si le créancier y consent, en fournissant un autre fidéjusseur; subsidiairement il sera tenu à des dommages et intérêts. Cf. T. IV, § 429, II, 3°.

(18) Gaius, III, 122, v^is itaque si creditor..... solvendo non sit; I. *h. t.*, § 4, v^is Sed et si ab uno.....; D. *h. t.*, L. 39; C. *h. t.*, L. 11 pr.

En ce sens Savigny, cité, I, § 25, p. 273-275, Maynz, II, § 263 i. f., et Windscheid, II, § 481, 3. Contra Girtanner, cité, II, § 42, p. 530-540.

(19) D. *h. t.*, L. 17, L. 36 i. f.; L. 39 i. f.; C. *h. t.*, L. 11 § 1. En ce sens Girtanner, cité, II, § 42, p. 538, note 9, Maynz, II, § 263 et note 50, et Windscheid, II, § 481, 3. Contra Savigny, cité, I, § 25, p. 275-277. Le fidéjusseur n'a pas besoin d'un recours contre ses cofidéjusseurs, s'il oppose le bénéfice de division.

(1) Cf. T. III, § 353, 2°.

(2) Cf. § 314-316. Voyez aussi ce qui sera dit du constitut de la dette propre ou de la dette d'autrui, T. III, § 352-355. — (3) D. *h. t.*, L. 1 § 2.

(4) D. *h. t.*, L. 3 § 1, cf. L. 1 § 6-8, L. 3 § 2, L. 11 pr., L. 19 pr. et § 1, L. 29.

(5) D. *h. t.*, L. 11 § 1, L. 12, cf. L. 13.

ni à moins, ni à plus. Il est obligé solidairement au payement de la dette, y eût-il plusieurs constituants[6], et il répond de toutes les prestations accessoires qu'il a prévues ou pu prévoir lors du constitut. Il dispose des exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et il jouit des trois bénéfices d'ordre[7], de division[8] et de cession d'actions[9]. Il est aussi assimilé au fidéjusseur pour le recours contre le débiteur principal et les autres constituants. Mais le constitut de la dette d'autrui étant un cautionnement du droit des gens forme une convention de bonne foi ; à ce titre, il est plus libre que la fidéjussion sous les rapports suivants :

1° S'il est plus étendu que l'obligation principale, il est seulement réduit à cette obligation et non frappé de nullité complète[10]. Le constituant peut même s'engager d'une manière plus onéreuse que le débiteur quant au temps[11] et au lieu[12] du payement. Il peut aussi s'engager à payer autre chose, pourvu qu'il ne promette pas davantage[13].

2° Le constitut de la dette d'autrui est un pacte prétorien, qui se parfait par le simple consentement des parties, indépendamment de la forme de la stipulation[14]. Il donne lieu à l'*actio de pecunia constituta*[15], qui est de bonne foi[16].

C) *Du mandat en faveur d'un tiers;* § 318.

Le mandat donné en faveur d'un tiers est nul dans son principe; le mandataire ne peut être contraint de l'exécuter, ni par le man-

(6) D. *h. t.*, L. 16 pr.

(7) Nov. 4, c. 1. Les mots ἀντιφωνητὴν, ἀντιφωνήσαντος, ἀντιφώνητὴν, etc., désignent le constituant et non, comme le veut la Vulgate, le *sponsor*. La Vulgate le reconnaît elle-même dans la traduction de la Nov. 115, c. 6, et de la Nov. 136, praef. et c. 1. Voyez la traduction de la Nov. 4, c. 1, par SCHOELL, et THÉOPHILE, I. 4, 6, § 8.

En ce sens MAYNZ, II, § 264, note 4, et WINDSCHEID, II, § 478, note 1 initio. Cf. VANGEROW, II, § 579, *Anm.*, n° 3.

(8) C. *h. t.*, L. 3. — (9) Nov. 4, c. 1 i. f. — (10) D. *h. t.*, L. 1 § 8 i. f.

(11) D. *h. t.*, L. 4. — (12) D. *h. t.*, L. 5 pr. — (13) D. *h. t.*, L. 1 § 5, L. 25 pr.

(14) I. 4, 6, *de action.*, § 9; D. *h. t.*, L. 1 pr., L. 5 § 3, L. 14 § 3, L. 15, L. 24, L. 26. — (15) I. 4, 6, *de action.*, § 9.

(16) Arg. D. *h. t.*, L. 1 pr. Voyez SCHILLING, III, § 338, note g. Entre la fidéjussion et le constitut de la dette d'autrui il existe une autre différence, dont on ne peut rendre compte par la liberté plus grande du second cautionnement. Elle résulte de cette idée que le constitut de la dette d'autrui doit procurer au créancier une satisfaction proprement dite; cf. D. *h. t.*, L. 21 § 2. Le constituant n'est pas autorisé à se prévaloir des causes d'extinction de l'obligation principale qui n'ont pas eu pour résultat de satisfaire le créancier. A cette catégorie appartiennent la prescription de l'obligation principale (D. *h. t.*, L. 18 § 1) et, au point de vue du droit classique, la *litis contestatio* engagée par le créancier avec le débiteur principal; D. *h. t.*, L. 18 § 3. Cf. § 315, note 26.

dant, faute d'intérêt, ni par le tiers, puisqu'il n'est pas intervenu au contrat[1]. Toutefois, si l'on donne à quelqu'un le mandat de prêter de l'argent à un tiers, si par exemple Primus charge Secundus de prêter 1000 as à Tertius, ce mandat constitue dès le principe un cautionnement d'une dette future; le mandant est censé vouloir cautionner le tiers dans l'intérêt de qui il donne le mandat, pour le cas où le mandataire l'exécuterait volontairement. Si Secundus prête les 1000 as à Tertius, la dette future que Primus a voulu cautionner arrive à l'existence et, avec elle, l'obligation de la caution; Secundus a comme débiteur principal Tertius et comme caution Primus[2]. Le mandat donné en faveur d'un tiers est désigné par le nom arbitraire de mandat qualifié (*mandatum qualificatum**); quant au mandant, nos sources l'appellent ici *mandator*[3], terme qui est rarement appliqué à d'autres mandants[4]. En général, les règles de la fidéjussion sont encore suivies dans l'espèce. Le mandant est tenu comme le débiteur principal, donc solidairement, alors même qu'il y a plusieurs mandants[5]; il n'est pas tenu des prestations accessoires qu'il n'a ni prévues, ni pu prévoir lors du mandat. Il jouit aussi des bénéfices d'ordre[6], de division[7] et de cession d'actions[8]. Le mandant qui a payé le créancier, a contre le débiteur principal et ses comandants le même recours que le fidéjusseur[9]. Mais l'obligation du mandant n'est pas une obligation accessoire; c'est une obligation propre et indépendante de celle du débiteur principal; elle résulte d'un mandat[10] et est soumise à la théorie de ce contrat. En conséquence :

1° le mandant n'est obligé envers le mandataire que conformément aux principes du mandat. Il n'est pas tenu vis-à-vis d'un mandataire qui a dépassé son mandat, en prêtant par exemple 2000 au lieu de 1000, ou du moins il n'est lié envers lui que dans les limites de ses instructions[11]. De même le mandant n'est pas tenu vis-à-vis d'un mandataire à qui l'exécution du mandat n'a causé aucun dommage, ce qui arrivera si le tiers emprunteur a

(1) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 19 initio.

(2) I. 3, 26, *de mand.*, § 6 i. f. On peut aussi, après qu'un tiers a déjà contracté une obligation, donner au créancier le mandat de ne pas le poursuivre immédiatement et, si le créancier surseoit à la poursuite, le mandant devient la caution du tiers débiteur; D. 17, 1, *mand.*, L. 12 § 14.

(3) D. 46, 1, *de fidejussoribus et mandatoribus*; C. 8, 40 (41), *eod.*

(4) Voyez cependant D. 17, 1, *mand.*, L. 22 § 11, L. 46, L. 49.

(5) C. 8, 40 (41), *de fidej. et mand.*, L. 23. — (6) Nov. 4, c. 1.

(7) D. 27, 7, *de fidej. tut.*, L. 7 i. f.; C. 4, 18, *de constit. pec.*, L. 3 initio.

(8) D. 17, 1, *mand.*, L. 27 § 5 initio; D. 46, 1, *de fidej. et mand.*, L. 13 initio; Nov. 4, c. 1 i. f. — (9) D. 17, 1, *mand*, L. 10 § 11.

(10) D. *eod.*, L. 28, vis propter mandatum enim suum solvit et suo nomine.

(11) C. 8, 40 (41), *de fidej. et mand.*, L. 7.

remboursé le prêt[12]. Le mandataire ne peut pas non plus demander la réparation d'un dommage éprouvé par sa faute ; tel est le cas où il a remis la dette au débiteur principal.

2° Sous ces conditions, le mandant est tenu envers le mandataire ; il doit lui rembourser l'argent qu'il a prêté au tiers. Il n'est pas admis à opposer des exceptions du débiteur principal qui auraient pour effet de le soustraire à sa responsabilité. Supposons que, dans l'exemple donné ci-dessus, Tertius soit un fils de famille ; Primus ne jouira pas de l'exception du sénatus-consulte Macédonien qui appartient à Tertius et il n'aura aucun recours contre ce dernier ; il est censé y avoir renoncé[13].

3° Si le mandant paye le mandataire, ce payement, à cause de la diversité des dettes, ne libère pas de plein droit le débiteur principal[14] ; celui-ci peut seulement repousser par une exception de dol le mandataire qui lui réclame un second payement. Il s'ensuit que le mandant peut, même après avoir payé le mandataire, demander la cession de ses actions[15] et qu'il lui est loisible, indépendamment d'une cession effective, d'agir contre le débiteur principal par des actions utiles *quasi ex jure cesso**. Même après avoir été payé par le mandant, le mandataire conserve formellement ses actions contre le débiteur principal ; rien ne s'oppose à leur cession réelle ou fictive[16].

D) *Des intercessions des femmes.*

Kattenhorn, *Ueber Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten*, Giessen, 1840.

Bachofen, *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts*, n° 1, Bonn, 1848.

Dubois, *De la condition des femmes sous le rapport du sénatus-consulte Velléien*, Paris, 1860.

Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien*, p. 153-163, Paris, 1885, 2de édition, 1re de 1867.

Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, p. 65-190, Berlin, 1887.

(12) Cf. D. 46, 1, *de fidej. et mand.*, L. 52 § 3, L 71 pr., et C. 8, 40 (41), *eod.*, L. 4.

(13) D. 4, 4, *de minor.*, L. 13 pr, vis Facilius in mandatore..... contraheretur, cbn. avec le surplus du passage ; cf. § 315, note 16, n° 1.

(14) D. 17, 1, *mand.*, L. 28 initio. — (15) Cf. L. 28 cit. i. f.

(16) Cf. Maynz, II, § 264 i f. Déjà dans le droit classique, à la différence de ce qui avait lieu pour la fidéjussion (Paul, II, 17, § 15 initio), la *litis contestatio* entre le créancier (le mandataire) et le débiteur principal ne libérait pas le mandant ; Paul, II, 17, § 15 i. f. ; D. 17, 1, *mand.*, L. 27 § 5 i. f. ; D. 46, 1, *de fidej. et mand.*, L. 13 i. f., L. 52 § 3 ; C. 8, 40 (41), *eod.*, L. 23 i. f. ; cf. D. 17, 1, *eod.*, L. 60 pr. C'était une conséquence de la diversité des dettes. En droit nouveau la même règle est suivie dans la fidéjussion ; C. 8, 40 (41), *de fidej et mand.*, L. 28.

§ 319. HISTORIQUE.

Sous la république les femmes intercédaient avec une liberté entière. A partir d'Auguste une réaction s'opéra; on considéra que les femmes sont trop naturellement portées à intercéder et on voulut les protéger contre cette faiblesse[1]. La condescendance de la femme était surtout à craindre vis-à-vis de son mari; c'est pourquoi on s'efforça d'abord de la prémunir de ce côté. La loi *Julia de adulteriis* du règne d'Auguste défendit au mari d'hypothéquer les immeubles dotaux italiques, même avec le consentement de la femme; ce consentement à l'hypothèque formait une intercession[2]. Puis des édits d'Auguste et de Claude prohibèrent une intercession quelconque de la femme en faveur de son mari[3]. Encore sous le règne de Claude, en l'an 46 de notre ère, parut le sénatus-consulte Velléien, qui frappa d'inefficacité les intercessions de la femme, même au profit de tiers autres que le mari[4]. A la vérité le dispositif du sénatus-consulte ne mentionnait expressément que deux modes d'intercession : les fidéjussions et les emprunts de consommation faits par la femme dans l'intérêt d'un tiers[5]. Mais, à raison du préambule[6] et de l'esprit du sénatus-consulte, on l'étendit à toutes les intercessions[7]. Justinien alla plus loin; il déclara inexistante l'intercession de la femme, d'abord si elle avait lieu au profit d'un tiers autrement que par un titre à la fois public et signé de trois témoins[8], ensuite et d'une manière absolue si elle était faite au profit du mari[9]. Nous nous occuperons successivement du sénatus-consulte Velléien et des réformes de Justinien (§ 320 et 320[a]).

§ 320. THÉORIE DU SÉNATUS-CONSULTE VELLEIEN.

I. Dans le dernier état du droit romain, la théorie du sénatus-consulte Velléien s'applique exclusivement aux intercessions de la femme faites par un titre public et signé de trois témoins, au profit

(1) D. *h. t.*, L. 1 § 1, L. 2 § 2. On estima encore qu'il était peu convenable que la femme intercédât pour autrui; l'intercession est plutôt un *virile officium*; D. *h. t.*, L. 2 § 1 i. f., cf. L. 1 § 1. — (2) I. 2, 8, *quib. alien. licet*, pr. — (3) D. *h. t.*, L. 2 pr.

(4) D. *h. t.*, L. 1 pr., L. 2 § 1. Le sénatus-consulte déclare qu'il ne fait que consacrer une pratique antérieure (tametsi ante videtur ita jus dictum esse); il entend sans doute parler d'une extension que l'on s'efforçait de donner antérieurement aux édits d'Auguste et de Claude; POTHIER, *Pand. Justin.* 16, 1, *ad sctum Vell.*, n° 1, note *f*.

(5) D. *h. t.*, L. 2 § 1 « quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet.. ».

(6) L. 2 § 1 cit. « de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent.. ».

(7) D. *h. t.*, L. 2 § 4, L. 6, L. 7, L. 8 § 8 et 14, L. 17 § 2; D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 1 § 1; C. *h. t.*, L. 4 pr., L. 5, L. 7.

(8) C. *h. t.*, L. 23 § 2-3 (L. 23 § 2). — (9) Nov. 134, c. 8.

de tiers autres que son mari. D'après le sénatus-consulte, l'intercession de la femme n'est pas inexistante, elle est seulement frappée d'inefficacité; elle n'oblige la femme ni civilement, ni naturellement[1]. La femme n'étant pas tenue civilement peut repousser l'action du créancier par l'exception du sénatus-consulte Velléien[2]. Comme il n'existe pas davantage une obligation naturelle, si dans l'ignorance de son bénéfice la femme paye le créancier, elle dispose de la *condictio indebiti;* on excuse dans l'espèce son erreur de droit, par dérogation à la règle *error juris nocet*[3]. L'exception du sénatus-consulte Velléien appartient également aux héritiers de la femme[4] ainsi qu'à ses fidéjusseurs[5] et autres intercédants[6], alors même qu'ils ne jouissent pas d'un recours contre la femme[7]; l'exception a un caractère réel[8]. — Si l'intercession de la femme était privative, son inefficacité causait un grave préjudice au créancier. L'*expromissio* de la femme avait libéré le débiteur originaire, ou bien la femme par son intervention avait empêché le créancier d'acquérir une créance contre le tiers en faveur de qui elle était intervenue. Le préteur vint au secours du créancier. Dans le cas d'une *expromissio* de la femme, il rendait au créancier son action contre l'ancien débiteur, comme action utile (*rescissoria*)[9], et avec elle tous ses accessoires[10]. Dans le cas d'une intervention de la femme, le préteur accordait utilement au créancier, contre le tiers en faveur de qui la femme était intervenue, l'action nais-

(1) Arg. C. *h. t.*, L. 9.

(2) D. *h. t.*, L. 25 § 1. La femme peut encore se prévaloir de son exception après avoir été condamnée, lorsqu'elle est poursuivie par l'*actio judicati* en exécution du jugement; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 11.

(3) C. *h. t.*, L. 9; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 40 pr. initio. Si la femme a donné sa chose en hypothèque, elle se défendra par la dite exception contre l'action hypothécaire, ou bien revendiquera sa chose contre le créancier hypothécaire ou contre le tiers auquel ce dernier l'a vendue, en repoussant l'exception *rei obligatae* par la *replicatio senatus consulti Velleiani*; D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 39 § 1, L. 40; D. *h. t.*, L. 32 § 1; C. *h. t.*, L. 7. Voyez encore D. *h. t.*, L. 32 § 2.

(4) C. *h. t.*, L. 20. — (5) D. 44, 1, *de except.*, L. 7 § 1 initio; C. *h. t.*, L. 14.

(6) D. 20, 3, *quae res pign.*, L. 2. — (7) D. *h. t.*, L. 16 § 1.

(8) L. 16 § 1 cit. i. f.; D. 44, 1, *de except.*, L. 7 § 1 initio. L'exception appartient même à ceux qui ont intercédé à la suite d'un mandat de la femme, pourvu que le créancier ait eu connaissance de ce mandat L'arrière-intercession de la femme profite ici à l'intercédant direct, parce que c'est la femme qui est la seule véritable intercédante; D. *h. t.*, L. 6, L. 30 § 1, L. 32 § 3; C. *h. t.*, L. 15. Voyez encore D. *h. t.*, L. 8 § 4. D'autre part, l'exception du sénatus-consulte Velléien se donne contre le créancier et ses héritiers, voire même contre ceux qui ont intercédé sur le mandat de la femme et qui ont dû payer le créancier parce que ce dernier ignorait l'existence du mandat; D. *h. t.*, L. 6 i. f., L. 7 initio, L. 32 § 3 i. f.

(9) D. *h. t.*, L. 1 § 2, L. 8 § 7 et 9, L. 13 § 2, L. 32 § 5. cf. L. 8 § 8.

(10) D. *h. t.*, L. 13 § 1, L. 14, L. 20; C. *h. t.*, L 8 § 1.

sant du contrat conclu avec la femme, par exemple l'*actio ex stipulatu*[11].

II. Le bénéfice de la femme vient à cesser :

1° lorsqu'elle a été payée pour intercéder ; elle doit alors supporter le risque de l'intercession, comme elle en a l'avantage[12];

2° lorsque la femme s'est rendue coupable d'un dol envers le créancier ; le sénatus-consulte veut la protéger contre sa légèreté et non contre sa fraude[13];

3° lorsque le créancier a versé dans une erreur excusable au sujet de l'intercession de la femme, notamment si la femme qui intervenait pour un tiers, n'a pas fait connaître cette circonstance au créancier qui l'ignorait[14];

4° lorsqu'elle a intercédé auprès d'un créancier mineur et que le débiteur principal est insolvable ; l'intérêt du mineur l'emporte ici sur le privilège de la femme[15];

5° lorsque l'intercession a eu lieu au profit de la liberté[16] ou d'une constitution de dot[17], à cause de la faveur dont jouissent la liberté et le dot ;

6° lorsque la femme renonce après coup à son bénéfice, soit expressément[18], soit tacitement. Il y a renonciation tacite de la part de la femme qui, connaissant son bénéfice, paye la dette ou bien accepte l'hérédité du débiteur principal[19]. Mais la femme ne renonce pas valablement à son bénéfice au moment même de son intercession. Le but du sénatus-consulte Velléien est de la protéger contre sa légèreté et spécialement contre une confiance exagérée dans la solvabilité du débiteur ; or cette légèreté, cette confiance qui la détermine à intercéder, l'entraînerait aussi à renoncer à son

(11) D. *h. t.*, L. 1 § 2, L. 8 § 14. En vertu d'une disposition spéciale, le créancier profitait de l'hypothèque que la femme s'était fait donner par le tiers au profit duquel elle était intervenue ; D. *h. t.*, L. 29 pr.

(12) C. *h. t.*, L. 23 pr. (L. 23 pr. initio); D. *h. t.*, L. 16 pr., L. 22; cf. C. *h. t.*, L. 23 § 1 et 1c (L. 23 pr. et § 1). Cf. Windscheid, II, § 486, 3 et note 3, et Vangerow, III, § 581, *Anm.* 1, n° 1.

(13) D. *h. t.*, L. 2 § 3 « deceptis, non decipientibus opitulatur (*sen. cons.*) » L. 23 initio, L. 30 pr. ; C. *h. t.*, L. 5 i. f., L. 18.

(14) D. *h. t.*, L 4 pr., L. 11, L. 17 pr. i. f., L. 19 § 5, L. 27 pr., L. 28 § 1 ; C. *h. t.*, L. 1, cf. L. 13. — D. *h. t.*, L. 6 i. f., L. 32 § 3.

(15) D. 4, 4, *de minor.*, L. 12. — (16) C. *h. t.*, L. 24. — (17) C. *h. t.*, L. 12, L. 25.

(18) D. *h. t.*, L. 32 § 4 « Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, judicium « parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur : quoniam senatus « consulti exceptionem opponere potest, *cavere debebit exceptione se non usuram* « et sic ad judicem ire ». La renonciation est même nécessaire dans l'espèce pour que la femme soit admise à la *litis contestatio*.

(19) D. *h. t.*, L. 8 § 13; D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 § 2 i. f. — Maynz, II, § 265, note 16 i. f.

bénéfice. Si la renonciation immédiate avait été possible, le but du sénatus-consulte aurait été manqué d'autant plus que les renonciations seraient devenues de style; elles auraient accompagné régulièrement les intercessions de la femme[20];

7° lorsque la femme renouvelle son intercession après deux ans[21].

§ 320a. REFORMES DE JUSTINIEN.

Justinien a fait en cette matière une double réforme; il déclare inexistante l'intercession de la femme, d'abord si elle a lieu au profit d'un tiers autrement que par un titre public signé de trois témoins[1], ensuite si elle est faite au profit du mari, alors même que cette formalité aurait été observée[2]. Dans les deux cas, l'intercession de la femme est considérée comme non avenue; la femme est censée n'avoir rien fait et partant le recours au sénatus-consulte Velléien est inutile[3]. Pour que celui-ci soit applicable en droit nouveau, il faut que la femme ait intercédé pour un tiers autre que son mari et par un titre public signé de trois témoins[4].

I. La nullité établie par Justinien contre les intercessions non solennelles de la femme en faveur de tiers souffre exception :

1° si la femme a été payée pour intercéder; comme elle retire un avantage de l'intercession, elle en supporte aussi le risque[5];

2° si la femme trompe le créancier au sujet de l'intercession; il est impossible d'imposer au créancier l'observation d'une forme

(20) Arg. C. *h. t.*, L. 22 pr. On ne peut opposer ni le D *h. t.*, L. 32 § 4, puisqu'il y s'agit d'une renonciation subséquente, ni la règle d'après laquelle la mère et l'aïeule, pour arriver à la tutelle de leurs descendants, doivent renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien; C. 5, 35, *quando mulier tut. off. fungi potest*, L. 3 pr. i. f.; Nov. 118, c. 5. On comprend que, malgré la nullité d'une renonciation volontaire, la loi impose la renonciation dans un cas particulier.

Voyez en ce sens Maynz, II, § 265 i. f. Cf. Mühlenbruch, II, § 488 et note 15.

Les interprètes du droit romain se prononcent d'une façon générale, les uns pour la validité de la renonciation de la femme (Puchta, *Pand.*, § 408, 7. — Girtanner, cité, T. I, § 38, p. 136-139, T. II, § 30-32, p. 263-274. — Vangerow, III, § 581, *Anm.* 1 i. f. — Arndts, § 361, 7 et *Anm.*, n° 3), les autres contre cette validité; Goeschen, II (2), § 572, 5. — Thibaut, I, § 536, A. — Windscheid, *De valida mulierum intercessione*, p. 57-61, Bonn, 1838, et *Lehrb.* II, § 486, 5 et note 6.

(21) C. *h. t.*, L. 22. On cite encore d'autres exceptions au bénéfice du sénatus-consulte Velléien. Tels seraient le cas où la femme intercède dans son propre intérêt (D. *h. t.*, L. 13 pr., L. 21 pr., L. 27 § 2; C. *h. t.*, L. 2, L. 6 pr.) et celui ou elle intercède dans l'intention de faire une libéralité au débiteur; D. *h. t.*, L. 4 § 1, L. 8 pr., L. 21, § 1. Mais il n'y a pas de véritable intercession dans ces cas; voyez § 312, I. Cf. Windscheid, II, § 485 et notes 19 et 23, § 486, Vangerow, III, § 581, *Anm.* 1, n°s 1 à 3, et Maynz, II, § 265 i. f.

(1) C. *h. t.*, L. 23 § 2-3 (§ 2). — (2) Nov. 134, c. 8.

(3) C. *h. t.*, L. 23 § 3; Nov. 134, c. 8. — (4) C. *h. t.*, L. 23 § 2 i. f.

(5) C. *h. t.*, L. 23 pr., cf. § 1a, 1b et 1c.

quand, à raison de la fraude, il ignore qu'il y a lieu de l'observer[6];

3° si le créancier verse dans une erreur excusable relativement à l'intercession de la femme, pour un motif analogue[6];

4° dans le cas d'une intercession en faveur d'une constitution de dot[7].

II. L'intercession de la femme pour son mari est exceptionnellement valable quand le mari a été trompé par la femme ou bien a versé dans une erreur excusable au sujet de l'intercession de la femme[8].

Comme toutes les exceptions aux deux constitutions de Justinien sont en même temps des exceptions au bénéfice Velléien, la femme est, dans ces cas exceptionnels, pleinement tenue par son intercession.

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

Section I. — **Des obligations de donner et des obligations de faire.**

§ 321. OBJET DE LA DIVISION.

1° A proprement parler, l'obligation de donner (*obligatio dandi*) est celle qui a pour objet le transfert de la propriété d'une chose ou bien la constitution d'un autre droit réel. L'obligation de faire (*obligatio faciendi*) comprend le surplus des obligations, par conséquent aussi celle qui a pour objet la remise d'une chose dans un but autre que celui de concéder un droit réel, c'est-à-dire

(6) Windscheid, II, § 488, 1 et note 5.

(7) C. *h. t.*, L. 25. Cette loi est postérieure à la loi 23 qui a établi la solennité dont il s'agit, et elle déclare d'une manière générale que la femme intercède valablement en faveur de la dot.

La question de savoir jusqu'à quel point les exceptions au bénéfice Velléien sont aussi des exceptions à la solennité de la loi 23 est des plus controversées. Les uns admettent que, dans tous les cas où le bénéfice Velléien cesse, l'intercession non solennelle de la femme est valable. D'autres, et c'est l'opinion dominante, ne reconnaissent qu'une seule exception à la solennité de la loi 23, dans le cas où la femme a été payée pour intercéder; Vangerow, III, § 581, *Anm.* 2. — Maynz, II, § 265 i. f. Nous nous rallions à une opinion intermédiaire de Girtanner, cité, T. I, § 39, p. 141-142, et T. II, § 11, p. 351-357, et de Windscheid, II, § 488 et note 5.

Nous ne parlons pas des cas où la femme intercède, soit dans son propre intérêt, soit *animo donandi*, parce qu'ils ne constituent pas de véritables intercessions; cf. le paragraphe précédent note 21.

(8) La Nov. 134, c. 8 i. f., excepte le cas où la femme a intercédé dans son propre intérêt; mais alors à vrai dire il n'y a pas intercession. Ici également on a voulu admettre les mêmes exceptions que pour le bénéfice Velléien. Cf. Windscheid, II, § 488 et note 7, Girtanner, cité, I, § 33, p. 277-278, Vangerow, III, § 581, *Anm.* 3, nos 3-4, et Maynz, II, § 265 i. f.

l'*obligatio tradendi*. A cette catégorie appartiennent l'obligation du bailleur et même celle du vendeur[1].

2° Parfois on attribue une portée plus large à l'obligation de donner; on entend par là l'obligation qui a pour objet la remise d'une chose à un titre quelconque; à ce point de vue les *obligationes tradendi*, notamment celles du vendeur et du bailleur, deviennent des obligations de donner. Alors l'obligation de faire est plus restreinte; elle ne comprend plus que les obligations qui consistent à prester des faits proprement dits.

§ 322. IMPORTANCE DE LA DIVISION.

Envisagée dans son second sens, la division des obligations en obligations de donner et obligations de faire présente une grande importance.

1° L'obligation de donner admet directement une exécution forcée; le débiteur peut être contraint par la force publique à remplir son obligation comme il l'a contractée; la chose due peut lui être enlevée *manu militari*, pour être remise au créancier[1]. Par contre, l'obligation de faire n'est pas *directement* susceptible d'exécution forcée; la force matérielle est impuissante à contraindre quelqu'un à faire ce qu'il ne veut pas faire ou bien à s'abstenir d'un acte qu'il est décidé à faire; on ne conçoit pas que celui qui s'est engagé à faire un tableau ou à ne pas troubler quelqu'un dans l'exercice d'une servitude, soit astreint par la force à remplir ces obligations[2]. Le seul moyen d'assurer l'exécution forcée des obligations de faire est de les convertir en obligations de donner; ce résultat est atteint par la condamnation du débiteur à des dommages et intérêts; l'obligation de faire devient ainsi une dette d'argent[3].

2° Les obligations de donner sont d'ordinaire divisibles, tandis que les obligations de faire sont généralement indivisibles. Nous nous référons à cet égard à la théorie de l'indivisibilité des obligations[4].

Section II. — **Des obligations de choses fongibles et des obligations de choses non fongibles.**

§ 323. OBJET DE LA DIVISION.

L'obligation de choses fongibles est celle qui porte sur une chose considérée seulement quant à son genre, par exemple sur 1000 as

§ 321. — (1) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 30 § 1.

§ 322. — (1) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 68 initio.

(2) Si cependant, dans un cas particulier, l'emploi de la force était possible, il faudrait l'admettre.

(3) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 13 § 1; D. 5, 1, *de judic.*, L. 43. Cf. Schilling, III, § 260, *Zusatz* 1. — (4) Cf. T. III, § 337-340.

ou sur un cheval en général; l'obligation de choses non fongibles a pour objet un individu déterminé, un corps certain (*species*), par exemple un cheval déterminé[1]. Dans le premier cas, tantôt la chose due consiste en une quantité de choses (*quantitas*), en *res quae pondere numero vel mensura constant*[2], tantôt c'est un individu à prendre dans un certain genre (*genus*); nous appellerons respectivement ces deux catégories d'obligations de choses fongibles des obligations d'une quantité de choses fongibles et des obligations d'un genre proprement dit. Quant aux obligations de choses non fongibles, nous leur donnerons le nom plus précis d'obligations d'un corps certain[3].

§ 324. IMPORTANCE DE LA DIVISION.

1° Comme il a été expliqué[1], le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte accidentelle de celui-ci; le débiteur de choses fongibles n'est jamais libéré par le cas fortuit.

2° Le débiteur d'un corps certain doit apporter certains soins à la garde et à la conservation de la chose due; il ne peut être question de semblables soins à l'occasion d'une dette de choses fongibles[2].

3° Dans l'obligation de choses fongibles il y a lieu de choisir la chose qui doit être payée. En principe, ce choix appartient au débiteur[3], car dans le doute on interprète le contrat en sa faveur[4]. Toutefois, s'il s'agit d'un legs de choses fongibles, c'est le légataire qui a le choix, bien qu'il soit créancier[5]; on interprète largement les dispositions de dernière volonté[6]. Le testateur ou les parties sont libres de déroger à ces règles[7]; rien ne les empêche même d'attribuer le choix à un tiers[8]. — Mais dans l'obligation d'un genre proprement dit, la personne qui a le choix, doit choisir une chose de valeur moyenne; le débiteur ne peut offrir la plus mauvaise, ni le créancier réclamer la meilleure; un pareil choix serait contraire à la volonté des parties[9]. Ici encore le testateur ou les parties

§ 323. — (1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 54 pr. initio, L. 83 § 5 « vini autem non « speciem, sed genus stipulari videmur »; D. 12, 1, *de reb cred.*, L. 2 § 1.

(2) L. 2 § 1 cit.

(3) L'expression de choses fongibles est d'origine moderne; on l'a déduite de la loi 2 § 1 cit., où Paul dit : in genere suo *functionem* recipiunt per solutionem quam specie (*scil. res, quae pondere numero mensura consistunt*).

§ 324. — (1) T. III, § 299. — (2) Cf. T. III, § 294-298.

(3) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 60. — (4) Cf. T. III, § 382*a*, 1°.

(5) I. 2, 20, *de leg.*, § 22. — (6) Cf. T. V, § 722, 5°.

(7) I. 2, 20, *de leg.*, § 22 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 93.

(8) D. *eod.*, L. 141 § 1; C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3 § 1*a* et 1*b*. Voyez encore C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 35 pr., § 1-3, et sur ces derniers textes SCHILLING, III, § 361, note dd.

(9) D. 30, *de leg. 1°*, L. 37 pr., L. 110; C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3 § 1*a* et 1*b*. Ces textes sont formels pour le legs d'un genre et ils doivent être étendus

peuvent convenir du contraire, expressément ou tacitement; si la convention attribue le choix au débiteur ou bien que le testament l'accorde au légataire, le choix sera illimité; le débiteur sera en droit de présenter la plus mauvaise chose du genre et le légataire pourra réclamer la meilleure. Le débiteur contractuel et le légataire ayant déjà le choix de plein droit, la clause relative au choix serait sans effet si on n'admettait pas qu'elle confère un choix absolu(10). Quant aux dettes d'une quantité de choses fongibles, comme celles-ci ont une valeur uniforme, la personne qui a le choix, peut le faire porter sur des choses quelconques de l'espèce(11), pourvu qu'elles ne soient pas vicieuses(12). Le choix est indivisible dans l'obligation d'un genre proprement dit, en ce sens que celui à qui il appartient, doit choisir une chose entière du genre; il ne peut pas choisir des parties de plusieurs objets, la moitié indivise du cheval A et la moitié indivise du cheval B; une pareille option serait contraire à la volonté des parties; c'est une chose entière du genre qui doit être prestée(13). Il ne peut être question de cette indivisibilité dans les dettes d'une quantité de choses fongibles; quel que soit le choix du débiteur, le créancier obtiendra la quantité de choses à laquelle il a droit. — Peut-on varier dans son choix? Le débiteur est libre de changer d'avis jusqu'au payement; ce n'est que par le payement que le choix devient définitif(14). De son côté, le créancier qui a le choix, peut varier jusqu'au moment de la *litis contestatio*; c'est seulement alors que son choix acquiert un caractère irrévo-

par analogie aux obligations génériques résultant de conventions. *Non obstant*: 1° D. 17, 1, *mand.*, L. 52. Cette loi décide que le débiteur de froment peut offrir du froment de la dernière qualité. Mais il s'agit ici d'une dette d'une quantité de choses fongibles; à l'occasion de pareilles dettes, il suffit que le débiteur présente des choses non vicieuses. Cette différence entre les dettes d'un genre proprement dit et celles d'une quantité de choses fongibles s'explique par la considération que, dans le dernier cas, les choses ont une valeur uniforme.

2° D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 32 § 3. On enseigne communément que le débiteur d'un genre est admis à payer la plus mauvaise chose du genre. Voyez en notre sens Molitor, cité, II, n° 977 initio. Contra Maynz, II, § 191 initio, et Accarias, II, n° 510 i. f. Cf. Savigny, cité, I, § 39, C, p. 401-402.

(10) D. 33, 5, *de opt. v. elect. leg*, L. 2 pr. Nous étendons cette loi, par analogie, aux conventions. — (11) D. 17, 1, *mand.*, L. 52.

(12) D. 33, 6, *de tritico vino v. oleo leg.*, L. 3 pr.

(13) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 4. Une conséquence de cette indivisibilité est que si le débiteur paye la moitié d'une chose, ce payement est seulement valable s'il paye plus tard l'autre moitié de la même chose. Il est nul et sujet à répétition si le second payement porte sur une autre chose, ce qui est possible puisque le débiteur a le droit de varier jusqu'à un payement valable; arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13. Cf. T. III, § 338 initio.

(14) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 106, L. 138 § 1, et D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13.

cable, à raison du quasi-contrat judiciaire impliqué dans la *litis contestatio*[15]. Le choix du tiers ne devient définitif que par le payement ou la *litis contestatio*[16]. — Lorsque le débiteur d'un genre proprement dit se croyant débiteur d'un corps certain paye celui-ci, peut-il, après avoir découvert son erreur, répéter par la *condictio indebiti* la chose payée et en offrir une autre? Le droit romain se prononce pour l'affirmative et avec raison. Le débiteur d'un genre a le choix. Or, en payant le corps certain qu'il croit faussement faire l'objet de son obligation, il ne saurait être considéré comme exerçant le choix qui lui appartient; son erreur exclut le choix. On ne peut pas davantage soutenir qu'il doit être déchu de son choix à cause de l'erreur. Donc il conserve la faculté de choisir une chose autre que celle qu'il a payée; il répétera cette dernière comme ayant été payée indûment et par erreur[17]. — Le droit de choisir appartenant au débiteur ou au créancier est transmissible à leurs héritiers. Il constitue un accessoire de l'obligation et cet accessoire n'a rien de personnel; dès lors il doit passer avec l'obligation elle-même aux héritiers des parties[18]. Par contre, le choix ne se transmet pas aux héritiers du tiers à qui il a été attribué; ce tiers est un mandataire et son mandat est personnel; à son décès le choix revient, en vertu de la règle générale, au débiteur contractuel ou au légataire[19]. Le droit de choisir du créancier passe au cessionnaire, pour le même motif pour lequel il se transmet à ses héritiers[20].

(15) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 112 pr.

(16) Arg. des textes cités aux deux notes précédentes. Il dépend des parties ou du testateur de modifier ces règles. On admettait à Rome, d'après l'esprit de la langue latine, que si le contrat ou le testament accordait le choix par les mots ' *quem voluero* ou *volueris* ', il était seulement permis de choisir une fois; toute variation était interdite, tandis que les mots ' *quem volam* ou *voles* ' maintenaient le droit commun; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 112 pr. Si, après le choix, il est intervenu entre le débiteur et le créancier un contrat établissant la volonté des parties de faire porter le payement sur l'objet choisi, celui-ci doit être presté d'une manière absolue. Si l'obligation de choses fongibles comprend des prestations périodiques, le choix peut se renouveler pour chacune de ces prestations; arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 6. — (17) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 32 § 3.

(18) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 76 pr. i. f.

(19) C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3 § 1*a* et 1*b*.

(20) Arg. D. 30, *de leg. 1°*, L. 75 § 3. Aux termes de ce passage, lorsque le créancier de deux choses dues alternativement a le choix et qu'il lègue sa créance, l'héritier est tenu de céder son action au légataire et celui-ci succède au choix. Cette règle doit être étendue à toutes les cessions de créances alternatives ou de choses fongibles.

Non obstat D. 45, 1, *de V. O.*, L. 76 pr. initio, L. 141 pr. D'après ces textes, le choix qui appartient au créancier d'une obligation alternative, est personnel; par conséquent, si la stipulation a été faite par un esclave ou un fils de famille, ce sont ceux-ci qui doivent exercer le choix, et non le maître ou le père de

Section III. — **Des obligations conjonctives, alternatives et facultatives.**

§ 325. DES OBLIGATIONS CONJONCTIVES.

L'obligation est conjonctive lorsqu'elle porte sur plusieurs choses, qui toutes doivent être payées; *plures res sunt in obligatione, et plures in solutione**; par exemple je vous promets le cheval A et le cheval B. Cette obligation ne présente rien de particulier; c'est une obligation ordinaire avec une pluralité d'objets; les différentes choses qui y figurent, sont dues et payables de la même manière que si elles faisaient l'objet d'obligations séparées(1). Si l'obligation est nulle par rapport à l'une des choses, elle n'en est pas moins valable quant aux autres; tel est le cas où l'une des choses est hors du commerce(2). Le créancier peut réclamer et le débiteur doit payer toutes les choses sur lesquelles porte l'obligation. La perte fortuite de l'une des choses ne dispense pas le débiteur du payement des autres.

§ 326. DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

GREIFFENHAGEN, *Die alternative Obligation des römischen Rechts*, Revel, 1856.

BERNSTEIN, *Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften*, 1re partie, Berlin, 1878, et *Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissenschaft* II (1880), nº 10.

PESCATORE, *Die sogenannte alternative Obligation*, Marbourg, 1880, et *Die Wahlschuldverhältnisse*, Munich, 1905.

L'obligation est alternative lorsqu'elle porte sur plusieurs choses, dont une seule doit être payée; *plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione**; par exemple je vous promets le cheval A ou le cheval B. L'obligation alternative comprend plusieurs choses; plusieurs choses sont dues, comme dans l'obligation

famille. Cette personnalité du choix doit être entendue *pro subjecta materia*. Si, dans l'espèce, l'esclave et l'enfant sous puissance doivent exercer eux-mêmes le choix stipulé, c'est qu'il était de principe que tout ce qui était de fait dans les stipulations des dites personnes ne passait pas à leur chef; D. 35, 1, *de condic.*, L. 44 pr.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 130.

Voyez en ce sens MÜHLENBRUCH, *Cession*, § 24, p. 263-275, MOLITOR, cité, II, nº 1188, WORMS, *Cession*, p. 19-20, SCHMID, *Cession* II, § 9, p. 101, VANGEROW, III, § 569, *Anm.* 1, nº 3, et MAYNZ, II, § 191, note 10 i. f. Contra BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, § 84, p. 109-110.

En ce qui concerne le cas où le choix appartient à un tiers, à l'occasion d'un legs de choses fongibles, Justinien décide que si le tiers n'exerce pas son choix dans l'année, la faculté de choisir passe au légataire; C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3 § 1a et 1b.

(1) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 29 pr. i. f. — (2) Cf. D. *cod.*, L. 83 § 4.

conjonctive[1]. Mais, à la différence de celle-ci, le débiteur ne doit en payer qu'une seule. De là les règles suivantes :

I. L'obligation nulle par rapport à l'une des choses comprises dans l'alternative n'en subsiste pas moins quant aux autres[1a].

II. Le créancier ne peut demander qu'alternativement les choses dues (le cheval A ou le cheval B), comme il les a stipulées[2]. Il ne peut pas les réclamer conjointement, ni faire porter sa demande exclusivement sur l'une d'elles[2]. Cette dernière demande dépouillerait le débiteur du choix qui lui appartient[3]. On suit en effet pour le choix presque toutes les règles de l'obligation de choses fongibles; les motifs sont analogues[4]. En principe c'est le débiteur qui choisit; mais, dans le legs alternatif, le choix appartient au légataire[5] et une convention spéciale peut aussi l'attribuer au créancier ou à un tiers[6]. Par la nature même des choses, le choix peut porter d'une manière absolue sur chacun des objets compris dans l'alternative. Ici encore le choix est indivisible; il doit avoir pour objet une chose entière; le débiteur qui a promis 2000 as ou 100 mesures de froment, ne peut offrir 1000 as et 50 mesures de froment[7]. — La personne qui a le choix, a la faculté de varier comme dans l'obligation de choses fongibles[8]. — De même, si le débiteur d'une obligation alternative paye les deux choses dans la croyance qu'elles sont dues conjointement, il peut répéter par la *condictio indebiti* l'une ou l'autre, à son choix; s'il a payé une chose, croyant qu'elle était seule due, il peut encore la répéter et offrir l'autre. Les jurisconsultes romains différaient d'avis sur ces deux points. Celsus, Marcellus et Ulpien enseignaient que si le débiteur d'une obligation alternative payait les deux choses dans la conviction qu'elles étaient dues conjointement, il pouvait sans doute exercer la *condictio indebiti*, mais de telle façon que le créancier avait la faculté de choisir la chose qui

(1) Windscheid, II, § 255, note 5. Cf. Fitting, *Die Natur der Correalobligationen*, p. 136-169, et Ryck, cité, p. 197-217.

(1a) D. 46, 3, *de solut.*, L. 72 § 4 initio. — (2) I. 4, 6, *de action.*, § 33d initio.

(3) § 33d initio cit.; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 25 pr., L. 34 § 6 initio; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 10 § 6 i. f. — (4) Cf. § 324, 3°.

(5) D. 30, *de leg. 1°*, L. 34 § 14; D. 31, *de leg. 2°*, L. 23.

(6) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 6 i. f.; D. 23, 3, *de jure dot*, L. 10 § 6 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 75 § 8, L. 93, L. 112 pr. initio.

(7) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 14; D. 31, *de leg. 2°*, L. 15. Il résulte de cette indivisibilité que si le débiteur commence par payer 1000 as, ce payement n'est valable que pour autant qu'il paye plus tard encore 1000 as. Il est nul et sujet à répétition si le débiteur paye en second lieu les 100 mesures de froment, ce qu'il a le droit de faire, puisqu'il peut varier jusqu'à un payement valable; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13. Cf. T. III, § 338 initio.

(8) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 106, L. 112 pr., L. 138 § 1; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 6.

devait être restituée; le choix avait passé au créancier, parce que celui-ci était devenu débiteur de restitution; il devait restituer alternativement les deux choses(9). Celsus était encore d'avis que si le débiteur d'une dette alternative payait l'une des choses, la croyant seule due, la répétition était exclue; ici également le débiteur aurait perdu son choix par l'effet du payement(10). Par contre, Julien et Papinien maintenaient le choix au débiteur qui, par erreur, avait payé les deux choses(11); Julien permettait aussi au débiteur qui, par erreur, avait payé une seule chose, de la répéter et d'offrir l'autre(12). Justinien sanctionna sur le premier point l'opinion de Julien et de Papinien(13). Il ne prévoit pas expressément le second; mais la question étant analogue doit être résolue dans le même sens(14). — Le droit de choisir se transmet

(9) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13 « quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur ». Dans ce passage, Ulpien suppose que j'avais stipulé 10 ou Stichus et que mon débiteur avait payé par erreur 5 et Stichus en une fois. Il décide, d'après Celsus, que j'ai la faculté de garder l'une des choses à mon choix. Voyez encore C. 4, 5, *de cond. indeb.*, L. 10 § 1 initio.

(10) D. 31, *de leg 2°*, L. 19. Quelqu'un avait légué alternativement Stichus ou Pamphilus. Si le legs était fait *per vindicationem*, le choix appartenait au légataire; L. 19 initio. Mais dans le cas d'un legs *per damnationem*, d'après la théorie classique, c'était l'héritier qui avait le choix; or Celsus décide que si l'héritier paye Stichus, dans la conviction qu'il était seul dû, il n'est pas admis à répéter; L. 19 i. f. — (11) C. 4, 5, *de cond. indeb.*, L. 10 § 1.

(12) Arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 32 § 3, Julien, " Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut Stichum debet: et ideo si, cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit ".

" Celui qui a promis un esclave en général, ressemble à celui qui doit un esclave en général ou bien Stichus; et par conséquent si croyant avoir promis Stichus, il a donné celui-ci, il le répétera et pourra se libérer en donnant un autre esclave quelconque ".

Dans ce texte, le jurisconsulte s'occupe principalement de l'obligation d'un genre proprement dit; il décide que le débiteur d'un esclave en général, s'il croit par erreur devoir Stichus et paye celui-ci, peut le répéter et payer un autre esclave. Il se fonde sur l'analogie entre l'obligation d'un esclave en général et l'obligation portant alternativement sur un esclave en général ou sur Stichus (similis est ei, qui hominem aut Stichum debet); en effet la seconde, en tant qu'elle a pour objet un esclave en général, est identique à la première. Le jurisconsulte admet donc comme constant que si quelqu'un devant alternativement un esclave en général ou Stichus, croit devoir seulement Stichus et paye celui-ci, il a le droit de le répéter et de donner un autre esclave.

(13) C. 4, 5, *de cond. indeb.*, L. 10.

(14) Le D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 32 § 3, doit donc être préféré au D. 31, *de leg. 2°*, L. 19 i. f. Contra Molitor, cité, I, n° 219 i. f. Il est indifférent, dans le cas où les deux choses ont été payées par erreur, qu'elles l'aient été en même temps ou successivement. Justinien ne distingue pas dans

aux héritiers des parties[15] et au cessionnaire de la créance[16], comme à l'occasion d'une obligation de choses fongibles.

III. En ce qui concerne l'influence de la perte des choses dues alternativement, il se présente plusieurs hypothèses.

A) La perte fortuite de l'une des deux choses comprises dans l'alternative ne dispense pas le débiteur du payement de l'autre; l'obligation portait sur les deux choses et le seul effet de la perte de l'une doit être de restreindre l'obligation à l'autre[17]. Toutefois le débiteur qui a le choix peut aussi, s'il le préfère, offrir le prix de la chose qui a péri; il prendra ce parti lorsque la chose qui a péri, avait moins de valeur que l'objet restant; par exemple elle valait seulement 1000, tandis que l'objet restant a une valeur de 1200. Le principe d'après lequel le débiteur ne doit pas la valeur

sa constitution et il n'existe pas de motif de distinguer. Contra MAYNZ, II, § 191, note 11 i. f., lequel, dans l'hypothèse de deux payements successifs, admet seulement la répétition pour le dernier.

Que décider si la dette alternative est due solidairement par deux personnes et que celles-ci payent les deux choses? Si les deux choses ont été payées successivement, le premier payement a été fait valablement, sans aucune erreur de la part du payant. Donc il a éteint la dette; la seconde chose a été payée indûment et par erreur; c'est elle qui est sujette à répétition. BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, § 84, p. 108-109. — VANGEROW, III, § 569, *Anm.* 1, nº 1. Cette règle est matériellement inapplicable dans l'hypothèse de deux payements simultanés faits par les débiteurs solidaires. Il faut admettre qu'alors ceux-ci ont le droit de répéter l'une des choses à leur choix, comme dans le cas d'un débiteur unique. Cela suppose que les débiteurs solidaires s'entendent sur le choix. S'ils ne s'entendent pas, si chacun veut répéter la chose qu'il a payée, il devient impossible de leur laisser le choix, car le créancier ne saurait pas ce qu'il doit restituer. C'est pourquoi le choix passe alors au créancier; il devra restituer l'une des choses au débiteur qui l'aura payée. Cf. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 21, et VANGEROW, III, § 569, *Anm.* 1, nº 1 i. f. Contra BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, § 84, p. 109.

Quid si deux codébiteurs solidaires d'une obligation alternative ont payé l'une des choses, dans la persuasion qu'elle était seule due? En principe, tout comme le débiteur unique, ils conservent le choix et sont autorisés à répéter la chose payée et à offrir l'autre. Mais s'ils ne sont pas d'accord sur le choix, celui-ci passe au créancier, qui pourra garder la chose reçue; si on maintenait ici le choix aux débiteurs, le créancier ne saurait s'il doit ou non restituer la chose reçue; arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 21.

On suivra les mêmes règles lorsque deux débiteurs non solidaires d'une obligation alternative ont fait l'un des payements précités; les motifs sont identiques.

(15) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 76 pr. i. f.; Cf. C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3 § 1*a* et 1*b*.

(16) D. 30, *de leg. 1º*, L. 75 § 3. *Non obstat* D. 45, 1, *de V. O.*, L. 76 pr. initio, L. 141 pr. Cf. § 324 et note 20.

(17) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 6; D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 pr. initio et § 1 initio; D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 3 initio.

de la chose qui a péri par accident, a été admis exclusivement dans son intérêt; or chacun peut renoncer à un droit établi en sa faveur. Si l'on décidait le contraire, la libération relative du débiteur, loin de lui profiter, lui causerait un préjudice; elle l'obligerait à prester la chose restante d'une valeur supérieure L'équité s'oppose d'ailleurs à ce que l'obligation du débiteur soit aggravée par une circonstance qui ne lui est pas imputable(18). — Si les deux choses dues

(18) 1° D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 § 3, ULPIEN, " Sed si Stichus aut Pamphilus legetur " et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem " praestari aut absentis aestimationem : totiens enim electio est heredi com- " mittenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit " et, si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui " pretium.. „.

" Mais si on a légué Stichus ou Pamphilus et que l'un de ceux-ci soit en fuite " ou chez les ennemis, il faut dire que l'esclave présent ou l'estimation de " l'esclave absent doit être prestée; en effet, le choix doit être attribué à l'héritier " toutes les fois qu'il ne fait subir aucun retard au légataire. C'est pourquoi on a " admis encore que si l'un des esclaves décédait, l'autre devait être presté d'une " manière absolue, ou bien peut-être la valeur de l'esclave décédé „.

Dans ce passage Ulpien s'occupe d'abord de l'hypothèse où deux esclaves ayant été légués alternativement, l'un est fugitif ou prisonnier de guerre. Il suppose que le choix appartient à l'héritier, ce qui avait lieu anciennement de plein droit dans le legs *per damnationem*. L'héritier doit alors payer l'esclave présent ou le prix de l'esclave absent; il ne peut porter son choix sur ce dernier pour le prester après son retour, car le legs est pur et simple. Le même motif (qua ratione) est décisif, dit Ulpien, lorsque l'un des esclaves vient à décéder; donc l'héritier doit payer l'esclave resté en vie ou l'estimation de l'esclave décédé. L'esclave survivant est dû d'une manière absolue, *omnimodo;* il est *in obligatione*. Le prix de l'esclave défunt peut être payé, *fortassis praestandum*; il est *in facultate solutionis**.

2° D'après le D. 46, 3, *de solut*, L. 95 § 1 initio, si l'un des esclaves stipulés alternativement meurt par le fait du débiteur, l'esclave survivant est seul dû; le débiteur n'est pas admis à offrir l'estimation de celui qu'il a fait périr. Il en est ainsi, dit Papinien, à titre de peine pour sa faute « quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est ». Ce motif tombe lorsque le décès de l'un des esclaves est le résultat d'un accident, et partant la règle énoncée doit cesser dans ce cas; le débiteur peut se libérer en payant l'estimation de l'esclave décédé.

On nous oppose le D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 6, le D. 31, *de leg. 2°*, L. 11 § 1, et le D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 55.

Les deux premiers textes se bornent à dire que si l'un des esclaves dus alternativement vient à décéder, l'esclave survivant demeure dû, sans mentionner la faculté du débiteur de payer la valeur de l'autre. Ce silence n'a rien d'exclusif.

Le D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 55, soulève plus de difficulté. Parlant du cas où le créancier tue l'un des esclaves dus alternativement, Paul applique à l'esclave survivant les mots « quem necesse habeo dare »; mais surtout il permet au débiteur de réclamer par l'action Aquilienne la valeur de l'esclave tué et la plus-value de l'esclave survivant, à titre de réparation pécuniaire (*quanti mea interest*). Or, pourrait-on dire, si le débiteur avait la faculté de se libérer en

alternativement viennent à périr par accident, il va de soi que le débiteur est libéré[19].

B) En supposant une perte imputable au débiteur à raison d'une faute proprement dite ou de sa demeure, si l'une des choses seulement périt, le créancier a droit à l'objet restant; le débiteur, en faisant périr l'une des choses, est censé avoir fixé son choix sur l'autre[20]. Si celle-ci périt de la même manière, comme l'obligation s'était limitée à elle, le débiteur en doit l'estimation. Si les deux choses périssent simultanément, le débiteur est tenu de payer le prix de l'une ou de l'autre, à son choix. Dans le cas où le choix appartient au créancier, les règles énoncées se modifient en ce sens que le créancier peut demander, soit la valeur de la chose qui a péri seule ou bien en premier lieu, soit, si les deux pertes ont été simultanées, la valeur de l'une ou de l'autre chose; la faute ou la demeure du débiteur n'a pu priver le créancier de son choix.

C) Lorsque les deux choses périssent successivement, la première par cas fortuit, la seconde d'une manière imputable au débiteur, l'estimation de la seconde est due, à moins que le débiteur qui a le choix, ne préfère payer la valeur de la chose qui a péri en premier lieu. En effet, après la première perte l'obligation s'était restreinte à l'objet restant, sauf la faculté laissée au débiteur d'offrir le prix de la chose qui avait péri accidentellement[21]. Donc, après la seconde perte, le débiteur doit l'estimation de la chose qui a péri en second

payant le prix de l'esclave tué, le préjudice que lui a causé le créancier, ne dépassera jamais ledit prix. Mais Paul suppose précisément que le débiteur, au lieu d'opter pour l'esclave tué, ce qui lui permettrait de se considérer comme libéré, opte au contraire pour l'esclave survivant et preste celui-ci, en même temps qu'il exerce l'action Aquilienne à raison de l'esclave tué; dans ce cas, le dommage subi par le débiteur comprend bien l'estimation de l'esclave tué et la plus-value de l'esclave survivant. Quant aux mots « quem necesse habeo dare » appliqués à l'esclave survivant, ils s'expliquent si l'on considère que cet esclave est l'unique objet de l'obligation facultative. Cf. note 23 du présent paragraphe.

On ne peut pas davantage restreindre le D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 § 3, aux legs, puisque le D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 § 1 initio, contient la même règle pour les conventions.

Voyez en notre sens MOLITOR, cité, I, n° 224 initio, MOMMSEN, *Beiträge* 1, § 26, p. 309-314, VANGEROW, III, § 569, *Anm.* 2, n° I, 1°, et WINDSCHEID, II, § 255 et note 13.

Quelques auteurs obligent le débiteur à payer d'une manière absolue l'objet restant, soit dans toutes les obligations alternatives (MAYNZ, III, § 191 et note 15), soit du moins dans les obligations alternatives qui ne résultent pas d'un legs; PUCHTA, *Pand.*, § 302, note d, et *Vorles.* II, ad h. l.

(19) D 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 6.

(20) D. 46, 3, *de solut.*. L. 95 § 1, v^is^ Enimvero si..... constitutum est.

(21) Cf. n° III, A, du présent paragraphe.

lieu, sauf la même faculté. — Que décider lorsque, en sens inverse, la première perte est imputable au débiteur, tandis que la seconde est le résultat d'un accident? Au premier abord, on serait tenté de soutenir la libération du débiteur; la première perte a rendu son obligation pure et simple; celle-ci, pourrait-on dire, a été éteinte par la seconde perte, qui avait un caractère accidentel. Mais le droit romain admet avec raison que le débiteur doit le prix de la chose qui a péri la dernière. L'obligation alternative procure cet avantage au créancier qu'elle n'est pas éteinte par une perte unique; or la première perte, imputable au débiteur, dépouille le créancier de cet avantage; donc, tout en limitant l'obligation à l'objet restant, elle astreint le débiteur à payer d'une manière absolue cet objet, c'est-à-dire à en payer la valeur alors même qu'il périrait accidentellement. Cette considération explique pourquoi le débiteur doit l'estimation de la chose qui a péri par accident, plutôt que celle de la chose qui a péri par sa faute ou après sa demeure(22). Dans la même hypothèse, si le créancier a le choix, il peut demander de préférence l'estimation de la chose qui a péri la première. — Si les deux choses ont péri simultanément, l'une par cas fortuit, l'autre d'une façon imputable au débiteur, le prix de la seconde est due, à moins que le débiteur ayant le choix n'aime mieux payer la valeur de l'autre.

D) Si l'une des choses périt par la faute du créancier, l'obligation alternative se limite à l'objet restant, le seul qui puisse encore être dû. Mais le créancier est tenu d'indemniser le débiteur à raison du préjudice qu'il lui cause. Ce préjudice ne comprend pas seulement la valeur de la chose qu'il a fait périr. Lorsque le débiteur avait le choix, le dommage comprend en outre la plus-value de l'objet restant; car, si le créancier n'avait pas fait périr la chose qui avait le moins de valeur, le débiteur aurait pu la lui payer et garder celle qui valait plus. Par exemple, quelqu'un devait alternativement Stichus valant 10 ou Pamphilus valant 20; le créancier tue Stichus et le débiteur paye Pamphilus. Le créancier devra une indemnité de 20; car, sans sa faute, le débiteur eût pu payer Stichus et conserver Pamphilus d'une valeur de 20(23). Le créancier est soumis de ce

(22) D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 § 1, v^is^ Enimvero si..... desiderabitur.

(23) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 55, Paul, " Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator " Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi: cum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt " ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem milium, " quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea " interest? „

" J'ai promis à Titius Stichus ou Pamphilus, alors que Stichus valait 10000 ses-

chef à l'action de la loi *Aquilia*(24). Toutefois le débiteur qui a le choix, peut encore prendre un autre parti. Au lieu de payer l'objet restant et d'agir en dommages et intérêts, comme il vient d'être expliqué, il lui est loisible de se considérer comme libéré; il avait le droit de s'acquitter de sa dette en offrant la chose que le créancier a fait périr et le créancier ne pouvait le dépouiller de ce droit(25). — Si les deux choses dues alternativement périssent par la faute du créancier, le débiteur est libéré et peut agir par l'action Aquilienne en réparation du préjudice que lui a causé le créancier. L'objet de cette indemnité varie selon que le choix appartenait au débiteur ou au créancier. Dans la première hypothèse, le débiteur obtiendra l'estimation de la chose qui avait le plus de valeur; car, sans le fait du créancier, il eût pu garder cette chose et payer l'autre. Dans la seconde hypothèse, le créancier doit le prix de la chose qu'il a fait périr en premier lieu; telle était son

" terces et Pamphilus 20000; le stipulant tua Stichus avant la demeure; *quid* de " l'action de la loi *Aquilia*? J'ai répondu : étant donné que le créancier a tué " l'esclave qui avait la valeur la plus faible, dans l'espèce il ne diffère en rien " d'un tiers. Comment donc se fera l'estimation? Sera-t-elle de 10000, valeur de " l'esclave tué, ou bien sera-t-elle de la valeur de l'autre esclave, que je dois " donner, c'est-à-dire du montant de mon intérêt? "

Bien que Paul ne réponde pas directement à la dernière question, il entend sans nul doute la résoudre en ce sens que le créancier doit payer 20000, le prix de Pamphilus.

Le jurisconsulte suppose que le créancier a tué Stichus " ante moram ". S'il était en demeure de recevoir Stichus, le débiteur est libéré purement et simplement; Stichus était au risque du créancier comme dans une obligation d'un seul corps certain; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 105.

(24) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 55, vis Stichum aut Pamphilum..... quanti mea interest?

(25) Arg. D. 30, *de leg. 1°*, L. 47 § 3. C'est là une simple faculté pour le débiteur; par conséquent, s'il s'arrête au premier parti, le créancier n'est pas admis à objecter que le débiteur pouvait se considérer comme libéré et ne pas payer Pamphilus d'une valeur de 20.

Le principe d'après lequel l'obligation alternative devient une obligation pure et simple, lorsque la faute du créancier amène la perte de l'une des choses dues alternativement, ce principe est contesté dans le cas où le choix appartient au créancier. Les uns défendent cette idée peu naturelle que le créancier a choisi la chose qu'il a détruite, et admettent la libération du débiteur; Braun, *Erörterungen zu* Thibaut, § 85, p. 114 i. f. D'autres enseignent que l'obligation reste alternative, en ce sens que le créancier pourrait réclamer, soit l'objet restant en indemnisant le débiteur pour l'autre, soit l'estimation de la chose qu'il a fait périr; Molitor, cité, 1, n° 226, 1°. — Mommsen, *Beiträge* I, § 26, p. 317. Ces derniers auteurs perdent de vue que le créancier n'a pas même cette option dans l'hypothèse de la perte accidentelle de l'une des choses dues alternativement. Les deux systèmes ne trouvent aucun appui dans nos sources. Voyez en notre sens Sintenis, II, § 106, p. 483, Vangerow, III, § 569, *Anm.* 2, n° II, 3, Maynz, II, § 191, A, et Namur, I, § 222, 3, *a*, 3°.

obligation après la première perte, la seconde perte n'a eu d'autre résultat que d'éteindre sa créance devenue pure et simple, sans affecter sa dette(26). — Si le créancier a fait périr les deux choses simultanément, il a perdu sa créance et doit payer au débiteur la valeur de l'une ou de l'autre des deux choses, au choix du débiteur ou du créancier, selon que le choix appartenait au premier ou au second(27).

E) Si l'une des choses dues alternativement périt d'abord par la faute du créancier et l'autre ensuite par accident, il y a lieu de se rappeler la situation juridique après la première perte. L'obligation alternative s'était limitée à l'objet restant; de son côté, le créancier devait l'estimation de la chose dont il avait causé la perte et, si le choix appartenait au débiteur, celui-ci pouvait en outre réclamer la plus-value de l'objet restant(28). Dès lors, après la perte accidentelle de la seconde chose, le débiteur est libéré et il conserve le droit de se faire indemniser comme il vient d'être dit; ce droit n'a

(26) Ici également se reproduisent les deux opinions que nous avons repoussées à la note précédente. D'après les uns, si le créancier ayant le choix fait périr successivement les deux choses, il a choisi celle qu'il a détruite la première et doit payer la valeur de la seconde; Braun, *Erörterungen zu* Thibaut, § 85, p. 115. D'après d'autres, il conserverait le choix et pourrait payer l'estimation de la chose qu'il ne choisit point; Molitor, cité, I, n° 226, 2°. — Mommsen, *Beiträge* I, § 26, p. 317. Voyez en notre sens Sintenis, II, § 106, p. 483, Vangerow, III, § 569, *Anm.* 2, n° II, 3, C, et Maynz, II, § 191, note 27.

(27) Jusqu'ici il n'a été question que de dommages et intérêts. Il faut encore tenir compte de la peine établie par la loi *Aquilia*; cette peine consiste dans la plus-value que la chose endommagée pouvait avoir dans l'année ou le mois antérieur au délit. Voici deux applications :

Quelqu'un devait alternativement le cheval A valant 1000 ou le cheval B valant 1500; ce dernier ayant contracté un défaut, sa valeur se réduisit à 1000 et, dans l'année après la survenance du défaut, il fut tué par le créancier. Le débiteur usant de son droit paye le cheval A. Qu'obtiendra-t-il par l'action Aquilienne à raison de la mort du cheval B? 1° à titre de réparation pécuniaire, 1000, valeur du cheval B au moment de sa mort, 2° à titre de peine, 500, plus-value du même cheval dans l'année antérieure.

Quelqu'un devait à son choix le cheval A d'une valeur de 1000 ou le cheval B d'une valeur de 1500. Dans l'espace d'un an, le créancier fit périr successivement le cheval B et le cheval A. Le débiteur qui a le choix, peut réclamer une indemnité de 1500 pour le cheval B. Mais si on remonte à la mort du cheval A dans l'année antérieure, ce cheval valait aussi 1500. En effet, il était alors dû alternativement avec le cheval B d'une valeur de 1500, et le débiteur pouvait se libérer de cette dette de 1500 en livrant le cheval A. Donc le créancier devra encore 500 à titre de peine pour la mort du cheval A. Arg. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 55 i. f., expliquée note 31 i. f. du présent paragraphe.

Cf. Vangerow, III, § 569, *Anm.* 2, n° I, 3, C, et Mommsen, *Beiträge* I, § 26, p. 317-318.

(28) Cf. n° III, D initio, du présent paragraphe.

pu lui être enlevé par le cas fortuit subséquent[29]. *Quid* si, en sens inverse, l'une des choses périt d'abord par accident et que plus tard la faute du créancier amène la perte de l'autre? Après la première perte, le débiteur devait l'objet restant, sauf la faculté d'offrir l'estimation de l'autre, dans le cas où le choix lui appartenait[30]. Donc après la seconde perte, imputable au créancier, il est libéré; son obligation déjà devenue pure et simple s'est éteinte. Néanmoins, s'il avait le choix, il conserve la faculté acquise après la première perte de présenter la valeur de la chose qui a péri accidentellement; il pourra alors agir en dommages et intérêts à raison de la chose détruite par le créancier[31].

(29) D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 55, PAUL, " Et quid dicemus, si et Pamphilus " decesserit sine mora? jam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est " promissor? (*sic* Th. Mommsen) et sufficiet fuisse pluris cum occideretur vel " intra annum.. „.

" Et que dirons-nous si Pamphilus aussi est décédé sans qu'il y eût demeure? " Est-ce que le prix de Stichus s'abaissera maintenant, parce que le promettant " est libéré? Il suffit qu'il ait valu plus au moment où il fut tué ou dans l'année " antérieure „.

Au commencement de la loi 55, Paul avait admis que si le créancier tuait Stichus qui valait 10000, il devait d'abord ces 10000 et encore 10000 du chef de la plus-value de Pamphilus; en réalité Stichus valait 20000 pour le débiteur, parce que, grâce à Stichus, il pouvait garder la valeur de 20000 représentée par Pamphilus; cf. note 23 du présent paragraphe. Il se demande maintenant ce qui arrive si de son côté Pamphilus décède accidentellement. Certes le débiteur sera libéré; mais est-ce que, pour ce motif, la valeur de 20000 qu'avait Stichus lorsqu'il fut tué, subira une diminution? Non, Stichus continue de valoir 20000 comme au moment de sa mort.

Plusieurs auteurs refusent toute indemnité au débiteur, soit dans tous les cas (MOMMSEN, *Beiträge* I, § 26, p. 317), soit au moins lorsque le choix appartenait au créancier; BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, § 85, p. 114 i. f. — MOLITOR, cité, I, n° 226, 4°.

Voyez en notre sens SINTENIS, II, § 106, p. 483, VANGEROW, III, § 569, *Anm.* 2, n° I, 3, A, et n° II, 3, A, MAYNZ, II, § 191, B, 6, et NAMUR, I, § 222, **3**, *b*, 3°.

(30) Cf. n° III, A, du présent paragraphe.

(31) De plus, en vertu de la loi *Aquilia*, le débiteur obtiendra à titre de peine la plus-value que la chose détruite par le créancier avait dans l'année ou le mois antérieur au délit.

Quelqu'un devait alternativement Stichus ou Pamphilus, chacun d'une valeur de 20. Pamphilus vint à décéder; Stichus contracta un défaut qui réduisit son prix à 10 et, dans l'année suivante, il fut tué par le créancier. Non seulement le débiteur sera libéré, mais le créancier lui devra une peine de 10. En effet, si Stichus n'avait pas fait l'objet d'une obligation, son propriétaire aurait obtenu une indemnité de 10 et une peine de 10. Dans l'espèce, Stichus étant dû à celui qui le tua, le débiteur sera indemnisé par sa libération et réclamera la peine de 10.

Quelqu'un devait, à son choix, Stichus valant 10 ou Pamphilus valant 20; Pamphilus mourut de mort naturelle et, dans l'année suivante, le créancier tua Stichus. Le débiteur sera libéré et le créancier lui devra encore 10 à titre de

§ 327. DES OBLIGATIONS FACULTATIVES.

1° L'obligation dite facultative est une obligation qui porte sur une seule chose, mais avec la faculté pour le débiteur d'en donner une autre en payement; *una res est in obligatione, et altera in facultate solutionis**(1). L'expression d'obligation facultative est impropre; il est de l'essence d'une obligation d'impliquer une nécessité juridique; l'épithète de facultative contredit donc le mot obligation. Aussi, dans l'obligation dite facultative, n'est-ce pas l'obligation elle-même qui est facultative; c'est la dation en payement qui a ce caractère; le débiteur a la faculté de donner en payement une chose autre que la chose due(2).

2° Cette faculté suppose une convention spéciale ou une disposition spéciale de la loi, car elle est éminemment exceptionnelle; en principe le débiteur doit payer la chose due elle-même, il ne peut contraindre le créancier à en accepter une autre en payement(2). Il y aura une obligation facultative lorsque je promets le cheval A, en me réservant le droit de payer le cheval B, si je le juge convenable. Nous avons rencontré d'autres obligations facultatives conventionnelles dans les théories de la clause pénale(3) et de la dation d'arrhes(4). En vertu de la loi, le tiers détenteur d'un bien hypothéqué est obligé de le restituer au créancier hypothécaire, mais il peut se libérer de cette obligation en payant la dette hypothécaire(5). Celui qui a acheté une chose au-dessous de la moitié de sa valeur réelle et qui, pour ce motif, est tenu de la restituer au vendeur, se soustrait à cette restitution en payant le supplément de la valeur réelle(6). Si un esclave commet un délit privé, le tiers détenteur de l'esclave échappe à l'obligation de payer la peine et les dommages et intérêts dus à raison du délit, en faisant l'abandon de l'esclave coupable(7).

3° L'obligation facultative ne comprend qu'une seule chose, une

peine. En effet, dans l'année antérieure à sa mort, Stichus valait 20 pour le débiteur; il était alors dû alternativement avec Pamphilus du prix de 20 et le débiteur pouvait se libérer de cette dette de 20 en payant Stichus; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 55, vis Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occi- " datur, pluris videbitur fuisse „. " Par ce motif aussi, lorsque Stichus est tué " dans l'année après le décès de Pamphilus, il sera considéré comme valant plus " (que le jour où il a été tué) „.

Cf. Vangerow, III, § 569, *Anm.* 2, n° I, 3, B, et Mommsen, *Beiträge* I, § 26, p. 317-318.

(1) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6 § 1. — (2) Cf. T. III, § 288, I, 1°.

(3) T. III, § 309, I, 2°. — (4) T. III, § 311, I, 1° i. f.

(5) D. 20, 6, *quib. mod. pignus solv.*, L. 12 § 1.

(6) C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 2. Cf. T. III, § 392, 1°, et T. IV, § 398.

(7) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 6 § 1. Cf. T. IV, § 496.

chose unique est due; celle que le débiteur a la faculté de payer en son lieu et place, ne fait pas l'objet de la dette[8]. C'est par là que l'obligation facultative se sépare des obligations conjonctives ou alternatives, lesquelles comprennent plusieurs choses. En conséquence, l'obligation facultative nulle par rapport à la chose due est nulle pour le tout; le créancier ne peut réclamer et le débiteur ne doit payer que la chose faisant l'objet de l'obligation; la perte accidentelle de cette chose libère complètement le débiteur. Notamment, si la chose vendue au-dessous de la moitié de sa véritable valeur périt par accident chez l'acheteur, celui-ci ne doit plus rien au vendeur.

Section IV. — **Des obligations civiles et des obligations naturelles.**

WEBER, *Systematische Entwickelung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten*, Leipzig, 1825, 5e édition, 1re de 1784.

REINHARDT, *Die Lehre des römischen Rechts der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere*, Stuttgart, 1827.

LELIÈVRE (A.), *De obligatione naturali ex sententia Romanorum*, Louvain, 1827.

CHRISTIANSEN, *Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti*, Kiel, 1841.

HOLTIUS, *Den Tex's en van Hall's nederlandsche jaarboeken voor regtsgeleerdheid* VII, p. 529-562, Amsterdam, 1845. Traduit en allemand par SUTRO : *Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts*, n° 1, Utrecht, 1852. Nous citons d'après la traduction.

SCHWANERT, *Die Naturalobligationen des römischen Rechts*, Goettingue, 1861.

MACHELARD, *Des obligations naturelles en droit romain*, Paris, 1861.

MASSOL, *De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français*, p. VI-LIV, et p. 1-215, Paris, 1862, 2e édition, 1re de 1858.

FRENZEL, *Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio*, Leipzig, 1897.

GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, Koenigsberg, 1900.

KLINGMÜLLER, *Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin, 1905.

(8) L. 6 § 1 cit.

§ 328. RÈGLES GÉNERALES.

L'obligation civile (*obligatio civilis*) est celle qui se fonde sur le droit civil; c'est à elle que s'applique la définition : *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei* SECUNDUM NOSTRAE CIVITATIS JURA[1]. L'obligation naturelle (*obligatio naturalis*) est celle qui se fonde seulement sur le droit des gens; *is natura debet, quem jure gentium dare oportet*[2]. La division dont il s'agit est le produit de l'antagonisme, si fréquent dans la législation romaine, du droit civil et du droit des gens. Les obligations civiles sont celles du droit civil, les obligations naturelles sont celles du droit des gens. Mais tandis que, dans les autres théories, l'institution du *jus gentium* s'est généralement confondue avec l'institution civile, dans le domaine des obligations l'antithèse est demeurée en pleine vigueur et, encore sous Justinien, les obligations naturelles sont soumises à des règles propres. Ce n'est pas à dire que le droit des gens n'ait exercé ici aucune influence; il a fait admettre comme obligations civiles de nombreux rapports obligatoires qui n'étaient d'abord que naturels[2a]; la sphère des obligations civiles s'est donc élargie. Il est arrivé ainsi que, parmi ces obligations, les unes sont basées exclusivement sur le droit civil et que les autres reposent à la fois sur le droit civil et le droit des gens; ces dernières ont, par suite de leur adoption, dépouillé leur caractère primitif d'obligations naturelles; rien ne les distingue plus des obligations purement civiles. La notion du droit des gens a un lien intime avec celle du droit naturel; les institutions reconnues par tous les peuples civilisés sont presque toujours conformes à la raison. Si l'on tient compte de ce point de vue, les obligations naturelles se présentent à nous comme fondées sur la loi naturelle, la raison ou l'équité[3], bien

(1) I. 3, 13, *de obligat.*, pr. — (2) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 84 § 1.

(2a) Cf. D. 1, 1, *de just. et jure*, L. 5.

(3) Cette idée apparaît déjà dans les expressions *obligatio naturalis* (I. 3, 20, *de fidej.*, § 1; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 8 § 3 initio, L. 16 § 3, L. 21 § 2), *natura debere* (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 84 § 1; D. 16, 2, *de compens.*, L. 6; D. 46, 3, *de solut.*, L. 101 § 1) et autres analogues; D. 35, 1, *de condic.*, L. 40 § 3; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 59, L. 64. Elle est indiquée directement dans plusieurs textes :

1° En parlant de l'obligation naturelle du maître envers son esclave, Tryphonin dit au D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 64 : *libertas naturali jure continetur* et dominatio ex gentium jure introducta est.

2° Dans un passage de Papinien (D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 § 4) nous lisons : Naturalis obligatio... justo pacto... ipso jure tollitur, quod *vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur*, conventionis aequitate dissolvitur.

La plupart des auteurs modernes admettent que les obligations naturelles des Romains sont des rapports obligatoires fondés sur le droit des gens ou le droit

qu'elles n'aient pas été reconnues par la loi civile. Elles se distinguent donc par deux caractères. D'une part elles sont conformes à la raison ou à l'équité; celles-ci commandent de leur attribuer une valeur juridique. D'autre part, elles ne sont pas reconnues par la loi civile et notamment elles ne produisent jamais une action; le droit de poursuivre un débiteur en justice pour le contraindre à payer est un effet civil de l'obligation; il ne peut résulter que d'une obligation fondée sur le droit civil; une obligation dépourvue d'un fondement civil est impuissante à produire un effet civil(4). Mais l'action est le seul effet qui soit absolument refusé à l'obligation naturelle. Celle-ci est susceptible de produire tous les autres effets de l'obligation, car aucun d'eux n'a un caractère purement civil(5). Il ne faut pas en conclure qu'une obligation naturelle quelconque produise tous ces effets. Il y a parmi les obligations naturelles des degrés divers de puissance; quelques-unes sont affaiblies, elles ne donnent lieu qu'à certains de ces effets, à ceux qui sont les moins énergiques; nous apprendrons à connaître ces obligations naturelles affaiblies dans le paragraphe suivant. Il est donc impossible de déterminer d'une manière générale les effets des obligations naturelles; il faut examiner chaque cas particu-

naturel. Reinhardt, cité, § 25-49. — Goeschen, II (2), § 371, II, A, p. 4. — Schilling, III, § 229 initio. — Puchta, *Instit.* III, § 268, p. 66-69, *Pand.*, § 237 initio, et *Vorles.* II, § 237 initio. — Savigny, cité, I, § 5-7. — Sintenis, II, § 82 et notes 9-17. — Machelard, cité, p. 536-548. — Massol, cité, p. 6-7. — Ortolan, III, n° 1180. — Arndts, § 217. — Maynz, II, § 193 initio. Weber, cité, § 4 et 54, Molitor, cité, I, n°s 14 et 20 initio, et Windscheid, II, § 287, sont au fond du même avis.

D'après Holtius (dissertation citée) et Schwanert (cité, § 2-5), l'obligation naturelle exigerait en général les mêmes conditions que l'obligation civile. Mais ils sont forcés de reconnaître que l'incapacité du débiteur n'était pas un obstacle à la formation d'une obligation naturelle et nous établirons au paragraphe suivant n° I que le simple pacte, c'est-à-dire la convention non reconnue par le droit civil, constituait une source d'obligations naturelles; Machelard, cité, p. 538-547.

(4) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4, v^is nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Le mot " obligationem „ équivaut ici à " actionem „; arg. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 10. — Théophile, III, 20, § 1.

C'est parce que le créancier naturel n'a pas d'action que certains textes disent qu'il n'est pas créancier (D. 50, 16, *de V. S.*, L. 10; cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 42 § 1) ou que l'obligation naturelle n'est pas une obligation; arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4 i. f. Voyez encore I. 3, 13, *de oblig.*, pr.

(5) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4 i. f.; D. 46, 1, *de fidej*, L. 16 § 3-4. A ce point de vue nos sources représentent l'obligation naturelle comme une obligation véritable; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 16 § 4 " licet minus proprie debere dicantur " naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his " pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse „.

lier[6]. Les seuls effets que l'on puisse considérer comme essentiels, sont les avantages les plus affaiblis de l'obligation naturelle[7]. Du reste, il n'existe une obligation naturelle que si le droit positif l'a reconnue comme telle, avec certains effets juridique autres que l'action, sinon il peut seulement y avoir un devoir moral. Voyons maintenant quels sont les effets possibles de l'obligation naturelle.

1° Elle peut produire une exception; c'est son effet capital, à tel point qu'on a défini l'obligation naturelle: une obligation qui produit une exception mais non une action[8]. Le créancier naturel qui oppose une exception à son débiteur, se borne à se défendre; la loi naturelle justifie cette défense. Grâce à son exception, lorsque le créancier naturel devient de son côté débiteur civil de la même personne et qu'il est poursuivi en la dernière qualité, il peut opposer en compensation sa créance naturelle. Primus doit naturellement 1000 as à Secundus; il acquiert contre ce dernier une créance civile de 1000 as et le poursuit en justice; Secundus peut compenser sa dette civile avec sa créance naturelle[9]. De même le créancier naturel jouit d'un droit de rétention sur la chose de son débiteur, s'il existe un rapport de connexité entre cette chose et sa créance naturelle. Possesseur de bonne foi de la chose d'autrui, j'y fais des impenses utiles; le propriétaire a l'obligation naturelle de me les rembourser jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée à sa chose. S'il revendique contre moi, je puis retenir la chose jusqu'à ce qu'il m'ait payé, en lui opposant une exception[10];

(6) Savigny, cité, I, § 12, p. 100-106. — Schwanert, cité, § 9-11. — Machelard, cité, p. 18-20 et 524. — Windscheid, II, § 288 et note 4.

(7) D'après Maynz, II, § 193, p. 124, l'obligation naturelle aurait pour effet essentiel d'empêcher la répétition de ce qui a été payé en exécution de cette obligation. Mais plusieurs obligations naturelles sont dépourvues de cet effet; cf. le paragraphe suivant n° II, 3° et 4°.

(8) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4 i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L. 94 § 3 « speciem « obligationis, quae habuit auxilium exceptionis.. ».

(9) D. 16, 2, *de compens.*, L. 6 " Etiam quod natura debetur, venit in com- " pensationem „.

(10) Cf. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 51 " Ex quibus causis retentionem quidem " habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non " possumus „.

De même, le chef de famille devenu créancier naturel de ses esclaves ou de ses enfants sous puissance, lorsqu'il est poursuivi par l'*actio de peculio*, peut déduire du pécule le montant de sa créance naturelle contre l'esclave ou l'enfant; D. 15, 1, *de pecul.*, L. 9 § 2; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 38 § 1. Réciproquement, le chef de famille devenu débiteur naturel de son esclave ou de son enfant doit tenir compte de cette dette à l'*actio de peculio*; L. 38 cit. § 2, v^is Contra si..... computetur.

il existe une connexité entre ma créance naturelle et la chose que je veux retenir ; ma créance résulte d'impenses faites à cette chose.

2° Le débiteur naturel qui a exécuté son obligation, fût-ce par erreur, c'est-à-dire dans la croyance qu'il était tenu civilement, ne peut répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé[11]; il a payé une chose due, un *debitum*, ce qui exclut la *condictio indebiti*[12]. Cette exclusion n'a pas besoin d'être prononcée dans le cas où le débiteur sait qu'il n'est obligé que naturellement; car, alors même que quelqu'un paye ce qu'il sait ne devoir ni civilement, ni naturellement, il n'est pas admis à répéter ; il a voulu faire une libéralité[13]. Mais, pour que la *condictio indebiti* soit exclue, il faut au moins que le payant ait voulu acquitter sa dette (naturelle) et non une autre dette sans existence civile ou naturelle[14]. Le créancier naturel qui refuse de rendre la chose payée, ne fait que se défendre et cette défense est justifiée par la loi naturelle[14a].

3° L'obligation naturelle peut être garantie par un cautionnement[15] ou par une hypothèque[16]. Elle peut aussi être reconnue comme obligation civile par la voie du constitut[17] ou bien être novée par une pareille obligation[18]. Le débiteur naturel lui-même peut, aussi bien qu'un tiers, fournir l'hypothèque[19], faire le constitut[20] ou la novation[21]. Ces moyens par lesquels on fortifie l'obligation naturelle, produisent les mêmes effets que s'ils étaient appliqués à une obligation civile; surtout il en résulte une action. Le fidéjusseur d'une obligation naturelle est soumis à l'*actio ex stipulatu*, bien que le débiteur principal ne puisse pas être poursuivi

(11) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 13 pr. initio, L. 19 pr., L. 26 § 12, vis Libertus cum..... repetere non potest, L. 32 § 2, L. 51, L. 64; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9 § 4-5, L. 10. — (12) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 16 § 4 i. f.

(13) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 1 § 1; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 53.

(14) Arg: D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 20. Cf. note 18 du présent paragraphe.

(14a) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 64 " ut enim libertas naturali jure contine- " tur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti " ratio in condictione naturaliter intellegenda est „.

(15) I. 3, 20, *de fidej.*, § 1 i. f.; D. 46, 1, *eod.*, L. 6 § 2, L. 7, L. 16 § 3. — D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 1 § 7.

(16) D. 20, 1, *de pignor.*, L 5 pr. i. f.; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 13 pr. i. f.

(17) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 1 § 7.

(18) D. 46, 2, *de novat.*, L. 1 § 1 initio; D. 39, 5, *de donat.*, L. 19 § 4. La nouvelle obligation peut elle-même n'être que naturelle; D. 46, 2, *de novat.*, L. 1 § 1 i. f.; cf. I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, § 3 initio. Mais il faut que les parties aient voulu nover l'obligation naturelle; la novation est nulle si le débiteur naturel a eu en vue une autre dette; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 20. Voyez WINDSCHEID, II, § 288, note 11 i. f.

(19) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 13 pr. i. f.

(20) Arg. D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 1 § 7. — (21) D. 39, 5, *de donat.*, L. 19 § 4.

en justice[22]. Pareillement, le créancier naturel qui a reçu une hypothèque, dispose de l'action hypothécaire, malgré l'absence d'une action personnelle contre le débiteur[23]. Rien n'empêche non plus la confirmation d'une obligation naturelle, de manière à en faire une obligation civile avec effet rétroactif[24].

Tels étant les effets que l'obligation naturelle est susceptible de produire, elle n'a rien de commun avec l'obligation inexistante ou nulle de plein droit, comme les dettes résultant du jeu ou de conventions usuraires, ni avec l'obligation inefficace à raison d'exceptions péremptoires telles que l'*exceptio doli*, l'*exceptio quod metus causa* et l'*exceptio senatus consulti Velleiani*. Ces obligations sont dépourvues de tout effet juridique[25]; elles ne constituent pas des obligations véritables[26]. Il faut en dire autant des simples devoirs moraux.

(22) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 60 initio; Théophile, I. 3, 20, § 1. Cf. T. III, § 314, 2° i. f. — (23) Cf. T. II, § 262, 1°. – (24) Cf. T. I, § 82, et T. III, § 382, II.

A l'ensemble des effets de l'obligation naturelle se rattache le D. 46, 1, *de fidej.*, L. 16 § 4, Julien, " Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si " actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti " non potest : nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per " abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, " debitum sibi recepisse ".

La première partie de ce passage est reproduite par Ulpien au D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 10. " Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua " eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit ".

A notre avis, Julien veut dire que les obligations naturelles sont utiles d'abord si (*si*) le créancier naturel dispose d'une action, par exemple contre les fidéjusseurs dont Julien s'occupe dans le § 3 de la loi 16 citée, ensuite parce que (*cum*) le débiteur naturel ne peut pas répéter.

Voyez en ce sens Glück, I, § 26, p. 189-190 et note 44, Weber, cité, § 51 et note 2, Unterholzner, cité, I, § 6, n° I i. f., Vangerow, III, § 567, texte 1, et Maynz, II, § 193, note 10.

D'après une autre interprétation (Savigny, cité, I, § 7, p. 39-41. — Machelard, cité, p. 12-15), Julien voudrait dire qu'il existe deux sortes d'obligations naturelles, les unes fondées sur le droit des gens mais munies d'une action par le droit civil, les autres basées exclusivement sur le droit des gens et dépourvues d'action. Les termes *si* et *cum* dont se sert Julien, prouveraient qu'il entend parler de cas différents d'obligations et non pas des effets différents d'une seule et même obligation. Mais ces termes s'expliquent parfaitement lorsqu'on les rapporte aux différents effets de l'obligation naturelle proprement dite.

Cf. Massol, cité, p. 28-31, et Windscheid, II, § 288, note 11 initio.

(25) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 3, L. 54. — D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 3 § 1; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11 § 3 i. f. cbn. avec l'initium; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 29, L. 70 § 4-5.

(26) D. 40, 12, *de liber. causa*, L. 20 § 3 « Obligatum accipere debemus, si « exceptione se tueri non potest : ceterum si potest, dicendum non esse obli- « gatum ».

§ 329. DES DIVERSES OBLIGATIONS NATURELLES.

Conformément à ce que nous avons dit ci-dessus[1], il faut admettre une obligation naturelle toutes les fois qu'un rapport de la vie sociale est obligatoire au point de vue du droit des gens ou du droit naturel et que le droit positif, tout en excluant l'obligation civile, reconnaît une obligation naturelle.

I. Telles sont les obligations naturelles naissant de simples pactes. Jusque dans le dernier état du droit romain, la simple convention des parties n'est pas en général civilement obligatoire; elle ne procure aucune action au stipulant. Les seules conventions produisant des effets civils sont celles qui ont été spécialement reconnues par le droit romain et ont ainsi acquis, en quelque sorte, le droit de cité romaine. En dehors de ces espèces déterminées, il n'y a que de simples pactes, dépourvus d'action[2]; mais ces pactes créent du moins une obligation naturelle. Celle-ci se fonde sur le droit des gens ou naturel; rien n'est plus conforme au *jus gentium* ou à l'équité naturelle que la force obligatoire de la libre convention des parties; la forme de la stipulation était purement nationale, inconnue au droit des gens et à la loi naturelle[3]. D'ailleurs, le simple pacte produit l'effet le plus énergique de l'obligation naturelle, une exception[4]. Enfin, la simple convention d'intérêts crée une obligation naturelle[5]; le débiteur qui paye les intérêts ainsi promis, ne peut pas les répéter[6] et ils peuvent être garantis par une hypothèque[7]. En sens contraire, on fait valoir cette considération que lorsque les parties ont négligé d'employer la forme de la stipula-

(1) § 328 initio. — (2) Paul, II, 14, § 1; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4, L. 45.

(3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 1 pr. « Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim « tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare? »

D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 § 4 « Naturalis obligatio... justo pacto... ipso jure « tollitur, quod *vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur*, conventionis aequitate « dissolvitur ».

D. 50, 17, *de R. J.*, L. 84 § 1 « Is natura debet, quem jure gentium dare « oportet, *cujus fidem secuti sumus* ».

(4) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4 " Nuda pactio obligationem non parit, sed parit " exceptionem „. Il paraît difficile de restreindre ces termes absolus au *pactum de non petendo.*

(5) D. 46, 3, *de solut.*, L. 5 § 2 " si sint usurae debitae et aliae indebitae,.. puta " quaedam earum ex stipulatione, *quaedam ex pacto naturaliter debebantur..* „.

(6) L. 5 § 2 cit. " ex pacti conventione datae repeti non possunt.. „; C. 4, 32, *de usur.*, L. 3 " ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur.. „.

(7) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11 § 3; C. 4, 32, *de usur.*, L. 4 pr., L. 22. Il est arbitraire de représenter les lois citées aux notes 5-7 comme des dispositions exceptionnelles justifiées par l'équité; elles fondent l'obligation naturelle de payer les intérêts uniquement sur le pacte; d'une exception motivée par l'équité il n'est pas question.

tion, il y a doute sur le point de savoir si elles ont eu l'intention sérieuse de contracter; ce doute devrait exclure l'obligation naturelle comme l'obligation civile. Si un pareil doute existe réellement, il n'y aura pas de consentement et partant pas de pacte(8). Mais ce doute ne se présume pas, il a besoin d'être établi; lorsqu'un consentement a été donné, il doit être réputé sérieux jusqu'à preuve contraire. On objecte encore que la convention relative à un contrat réel innomé constitue un simple pacte et que, si l'une des parties exécute ce pacte, elle peut répéter par la *condictio causa data causa non secuta* ce qu'elle a payé, ce qui serait incompatible avec l'existence d'une obligation naturelle. Mais, dans le cas indiqué, le payant n'a pas le droit de répéter par sa seule volonté, il ne le peut que du chef de l'inexécution de l'obligation de la partie adverse, comme conséquence de la rescision de la convention(9). — L'obligation naturelle résultant du simple pacte produit tous les effets dont sont susceptibles les obligations naturelles en général(10).

II. L'incapacité du sujet est une autre source d'obligations naturelles.

1° D'après le droit positif de Rome, les esclaves n'étant pas des personnes ne pouvaient être civilement débiteurs ou créanciers, ni vis-à-vis de leur maître(11), ni vis-à-vis des tiers(12). Leurs délits seuls les obligeaient civilement envers les tiers(13). D'autre part, ces délits soumettaient leur maître à l'action noxale(14) et les conven-

(8) De cette façon s'explique le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 1 § 2 " Si quis ita interroganti ' dabis '? responderit ' quid ni? ', et is utique in ea causa est, ut " obligetur : contra si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed " nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit : et ideo recte dictum est non obligari " pro eo nec fidejussorem quidem ".

Le signe de tête affirmatif en réponse à une question de stipulation ne crée pas même une obligation naturelle. Pourquoi? parce qu'il n'y a pas plus simple pacte que stipulation; les parties n'ont pas voulu contracter par simple pacte; arg. D. 46, 4, *de acceptil*, L. 8 pr. Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 3 § 2, L. 54.

(9) Cf. T. III, § 383, I, 5°. Voyez en ce sens Molitor, cité, I, n° 22, Savigny, cité, I, § 9, A, p. 53-59, Machelard, cité, p. 28-82, Demangeat, II, p. 455-457, Vangerow, III, § 599, *Anm.*, n° IV, 2, p. 240-241, et Maynz, II, § 193, 2 initio.

Contra Lelièvre, cité, p. 21, Meyerfeld, *Schenkungen* I, § 18, p. 344-346, Unterholzner, cité, I, § 23, Holtius, cité, p. 7-16, Schwanert, cité, § 11, Ihering, *Geist des röm. Rechts* I, § 11a, note 45, Windscheid, II, § 289, note 1 i. f., et Girard, p. 639-640.

(10) Voyez les textes cités aux notes 6 et 7 du présent paragraphe.

(11) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6 initio; arg. D. 47, 2, *de furt.*, L. 16.

(12) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6, vis sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 14, vis ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 22 pr., L. 107.

(13) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 14 initio. — (14) I. 4, 8, *de noxal. act.*, pr.

tions que les esclaves concluaient avec les tiers, procuraient une créance civile à leur maître[15] ou bien obligeaient civilement celui-ci à l'*actio de peculio*[16]. Même l'affranchissement de l'esclave ne le rendait pas débiteur ou créancier civil[17]. Mais, sinon en vertu du droit des gens, au moins en droit naturel, tout homme est une personne[18] et, en cette qualité, capable de figurer dans une obligation. C'est pourquoi on admit une obligation naturelle au profit ou à charge de l'esclave[19]. Cette obligation naturelle produit, après que l'esclave est devenu libre, tous les effets des obligations naturelles[20].

2° Une obligation civile était aussi impossible entre personnes unies par la puissance paternelle, entre le père de famille et son enfant, entre deux frères soumis à la même puissance. Dans la famille romaine régnait l'unité de personne; le chef de famille et ses enfants étaient censés ne former qu'une seule personne[21]; or on ne saurait se trouver dans un rapport obligatoire avec soi-même[22]. Le père et ses enfants sous puissance ne devenaient pas non plus débiteurs ou créanciers civils après la dissolution de la puissance paternelle[22a]. La règle cessait seulement avec son motif pour les contrats conclus par rapport aux pécules castrens ou quasi-castrens[23]; quant à ces pécules, le fils était réputé former une personne propre, comme s'il avait été père de famille[24]. Mais l'unité de personne entre le père et ses enfants sous puissance était une

(15) I. 3, 28, *per quas. pers. nob. oblig. adquir.*, pr. initio.

(16) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. potest.*, § 4.

(17) Paul, II, 13, § 9; C. 4, 14, *an servus ex suo facto post manum. ten.*, L. I, L. 2, L. 5.

(18) I. 1, 2, *de jure natur. et gent. et civ.*, § 2 i. f.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 32 i. f.

(19) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 14, vis sed naturaliter et obligantur et obligant; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 64 i. f.; D. 35, 1, *de condic.*, L. 40 § 3. On l'admettait vis-à-vis du maître ou des tiers; I. 3, 20, *de fidej.*, § 1 i. f.

(20) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 13 pr., L. 64; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 14 i. f. — D. 40, 7, *de statulib.*, L. 20 § 2. — I. 3, 20, *de fidej.*, § 1 i. f. — D. 39, 5, *de donat.*, L. 19 § 4 initio. Pendant la servitude, les effets de l'obligation naturelle de l'esclave sont très restreints; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 13 pr.; I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, § 3, vis Non idem juris est..... fuisset.

L'obligation de l'esclave semble avoir été l'origine de la théorie romaine de l'obligation naturelle; arg. D. 46, 1, *de fidej.*, L. 16 § 4, et D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 10. Gradenwitz, cité, p. 157 et ss.— Girard, p. 639-640.

(21) C. 6, 26, *de impub. et de al. substit.*, L. 11 § 1 i. f.; arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 i. f., et D. 47, 2, *de furt.*, L. 16 i. f.

(22) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 6 initio; D. 5, 1, *de judic.*, L. 4, L. 11; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 2 pr.; D. 41, 6, *pro donato*, L. 1 § 1; D. 47, 2, *de furt.*, L. 16.

(22a) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 38 pr., § 1-2.

(23) D. 5, 1, *de judic.*, L. 4 i. f.; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L 2 pr. i. f.

(24) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 2 i. f.

fiction civile; elle était étrangère au droit des gens et partant on reconnaissait dans l'espèce l'existence d'une obligation naturelle(25). Celle-ci jouissait immédiatement de toute l'efficacité des obligations naturelles(26).

(25) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 38 pr. initio, § 1 initio et 2 initio.

(26) L. 38 cit. pr., § 1-2. — D. 46, 1, *de fidej.*, L. 56 § 1 i. f. Voyez cependant la loi 56 § 1 cit. initio.

La loi 38 cit. d'Africain est l'une des *septem leges damnatae*. En voici le *principium :*

" Frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post " mortem patris ei solvit : quaesitum est, an repetere possit. Respondit utique " quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, " qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad " fratrem pervenisset : naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso " sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praele- " gatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo " fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret, " si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum " judicio eum familiae erciscundae reciperaturum a coheredibus fuisse, quantum " ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra " familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quanti- " tatem ejus indemnis a coherede praestetur : porro eum, quem adversus extra- " neum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem " esse praestandum „.

" Quelqu'un ayant emprunté de l'argent à son frère, alors qu'ils étaient sous " la puissance de la même personne, le lui remboursa après le décès du père; on " a demandé s'il peut répéter. Africain répondit qu'il y avait certainement " répétition de la part pour laquelle l'emprunteur lui-même était devenu " l'héritier de son pére, mais que, pour la part héréditaire du frère prêteur, l'em- " prunteur ne pouvait répéter que si le prêteur avait trouvé autant dans le pécule " de l'emprunteur; car, par cela seul qu'il obtenait autant dans ce pécule, l'obli- " gation naturelle préexistante s'éteignait. Cela était si vrai que si le pécule du " fils débiteur lui avait été légué hors part, son frère pourrait déduire la dette du " pécule. Cette décision (disait Africain) s'accordait parfaitement avec l'opinion " suivante de Julien : si le fils devait quelque chose à un étranger et qu'il eût " payé après le décès du père, il pouvait, à l'action en partage de la succession, " se faire rendre par ses cohéritiers ce que le créancier aurait pu obtenir d'eux par " l'*actio de peculio*; par conséquent, si l'*actio familiae erciscundae* était intentée " avant le payement, il était juste de partager le pécule de telle sorte que l'héri- " tier débiteur fût indemnisé par son cohéritier jusqu'à concurrence du pécule. " Or celui qui doit être protégé contre un étranger, doit à plus forte raison " être indemnisé quand il s'agit d'une dette envers son frère „.

Un fils de famille avait prêté de l'argent de son pécule profectice à son frère soumis à la même puissance paternelle. Nous appellerons le prêteur Primus et l'emprunteur Secundus, en supposant un prêt de 2000. Le père de famille vint à décéder laissant comme héritiers Primus et Secundus, supposons chacun pour moitié; Secundus remboursa les 2000 à Primus. Est-il admis à les répéter par la *condictio indebiti?* Pas de doute qu'il puisse répéter 1000. En effet, Primus a pris les 2000 dans son pécule profectice, propriété du père de famille;

3° D'après le droit civil, l'impubère est capable de stipuler s'il est âgé de sept ans. Mais, même après avoir atteint cet âge, il est

il a fait le prêt pour compte de ce dernier, qui était devenu le véritable créancier (naturel) de Secundus. Cette créance paternelle se divise par moitiés entre les deux fils et par conséquent s'éteint par confusion pour les 1000 que Secundus doit à lui-même; ces 1000 ayant été payés indûment et par erreur sont sujets à répétition. Mais que décider quant à la moitié de la créance échue à Primus? Cette moitié de la créance naturelle contre Secundus subsiste en principe et Secundus ne peut pas répéter les 1000 qu'il a payés de ce chef à Primus. Mais la dernière règle souffre une exception et la répétition est encore admise lorsque Secundus avait un pécule profectice au décès de son père. Dans ce cas, la dette naturelle de 1000 de Secundus envers Primus s'éteint jusqu'à concurrence du profit que Primus retire du pécule de Secundus. En effet, Primus n'a pas seulement recueilli dans la succession paternelle une créance de 1000 contre Secundus; il a en outre succédé pour moitié à l'obligation de payer les dettes inhérentes au pécule de Secundus, jusqu'à concurrence de la moitié de ce pécule qui lui est échue. Dans cette limite, il est débiteur de la moitié des 2000 empruntés par Secundus, soit de 1000, et, comme il est aussi créancier de ces 1000, l'obligation s'éteint par confusion, ce qui justifie la répétition. Si le pécule de Secundus n'avait procuré que 500 à Primus, il n'y aurait répétition que pour 500. Si Primus n'avait rien retiré du pécule de Secundus, la répétition serait complètement exclue.

A l'appui de sa décision Africain invoque une double analogie.

Supposons d'abord, dit-il, que le pécule de Secundus ait fait l'objet d'un prélegs en sa faveur. Il pourra seulement le réclamer déduction faite de la dette résultant du prêt que lui a fait Primus; dans notre exemple Primus déduira 2000, qui retomberont dans la masse partageable. Dès lors, il faut aussi qu'en l'absence du prélegs dont il s'agit, Primus déduise de sa moitié dans le pécule de Secundus la moitié de la dette de 2000.

Supposons encore, dit Africain d'après Julien, qu'un fils de famille soit débiteur d'un étranger et que son père décède. Si, après ce décès, ledit fils paye son créancier, ses cohéritiers devront lui restituer à l'*actio familiae erciscundae* leur part et portion de la dette, jusqu'à concurrence de leur part dans le pécule du fils débiteur; car, dans cette limite, le créancier aurait pu les poursuivre directement par l'*actio de peculio*. Si, lors de l'exercice de l'*actio familiae erciscundae*, le fils débiteur n'a pas encore acquitté sa dette, ses cohéritiers devront lui fournir une caution en vue de cette restitution. A plus forte raison, conclut Africain, Secundus débiteur de Primus doit-il être défendu contre ce dernier, qui devra employer à l'acquittement de la dette le profit qu'il a retiré du pécule de Secundus. Cf. MACHELARD, cité, p. 133-142.

De même Africain décide, dans le § 1 de la loi 38, que si un père de famille prête à son fils et que celui-ci rembourse le prêt après son émancipation, il ne dispose pas de la *condictio indebiti*; car il a payé une dette naturelle, que le père aurait pu déduire du pécule du fils émancipé, si un créancier de celui-ci avait intenté l'*actio de peculio*. Toutefois, le fils peut répéter jusqu'à concurrence du profit que le père a retiré du pécule; pour ce profit le père est débiteur, en même temps que créancier; il doit employer le pécule à l'acquittement des dettes du fils; dans cette limite, sa créance naturelle s'est éteinte par confusion.

Enfin, dans le § 2 de la loi 38, Africain décide que si, en sens inverse, le père

incapable de promettre[27]. Cette incapacité est conforme au droit des gens ou naturel[28]. Aussi en principe l'impubère n'est-il pas même obligé naturellement[29]. Il est admis à répéter ce qu'il a payé en exécution du contrat[30] et celui-ci ne peut servir de base à la compensation[31] ou à un droit de rétention[32]. Ainsi tombent les effets les plus puissants de l'obligation naturelle. Si l'impubère a moins de sept ans, le contrat est même inexistant, parce que l'enfant est dépourvu de volonté[33]. Si l'impubère a dépassé l'âge de sept ans, la convention a une existence juridique[34] et, comme il sera expliqué plus loin[35], elle est pleinement valable à l'égard de celui qui a contracté avec l'impubère. C'est pourquoi elle peut être garantie par un cautionnement[36] ou par une hypothèque[37], être reconnue comme obligation civile par la voie du constitut[38] ou être novée par une pareille obligation[39]. L'impubère devenu capable peut lui-même fournir valablement l'hypothèque[40], faire le constitut[41] ou la novation[42]. Rien n'empêche non plus l'impubère devenu capable de confirmer la convention d'une manière expresse[43] ou tacite[44], notamment en payant[45] ou en gardant le silence pendant

est débiteur du fils de famille et qu'il le paye après son émancipation, la répétition est exclue, parce que le père a acquitté une dette naturelle, dont il aurait dû ajouter l'import au péculo du fils, si un créancier de celui-ci avait exercé l'*actio de peculio*. Si le père, débiteur de son fils, laisse pour héritier un étranger et que celui-ci paye la dette paternelle, la répétition n'est pas non plus admissible. Cf. Machelard, cité, p. 142-148.

(27) I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr.; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 9 et 10 cbn. avec § 8; D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 9 pr. initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 43.

(28) Gaius, I, 189.

(29) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 58 (59); D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 41.

(30) L. 41 cit. — (31) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 28 pr. initio.

(32) Arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 41.

(33) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 10 initio.

(34) Arg. I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr. i. f., et D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 29.

(35) T. III, § 382, I, 2°.

(36) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 2, L. 25; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 127; D. 46, 3, *de solut.*, L. 95 § 4. Cela suppose que le fidéjusseur savait qu'il cautionnait un impubère, sinon son erreur rend la fidéjussion nulle; arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 i. f.; voyez la note 53 du présent paragraphe. Le fidéjusseur est sans recours contre l'impubère. Cf. Glück, T. V, § 459, p. 564-565, cbn. avec T. IV, § 288, note 61, et Machelard, cité, p. 272-274.

(37) Arg. des textes cités au commencement de la note précédente.

(38) Arg. D. 18, 5, *de resc. vendit.*, L. 7 § 1 initio, et D. 39, 5, *de donat.*, L 19 § i. f. — (39) Arg. D. 46, 2, *de novat.*, L. 1 § 1.

(40) Arg. C. 2, 45 (46), *si major fact. rat. hab.*, L. 1-2.

(41) Arg. des textes de la note 38. — (42) Arg. D. 46, 2, *de novat.*, L. 1 § 1.

(43) C. 2, 45 (46), *si major fact. rat. hab.*, L. 1-2. — (44) C. 5, 74, *si major fact.*, L. 3.

(45) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 13 § 1 " Item quod pupillus sine tutoris " auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat

le délai de la prescription de l'action en rescision[46]; la convention confirmée est validée rétroactivement jusqu'au jour de sa conclusion[47]. Ce sont les effets les plus affaiblis de l'obligation naturelle et, en ce sens restreint, il est vrai de dire que l'impubère arrivé à l'âge de sept ans est obligé naturellement par les conventions qu'il conclut seul[48]. Par elle-même cette obligation naturelle, avec les effets précités, ne nuit qu'à des tiers; vis-à-vis de l'impubère, elle peut seulement servir de base à la conclusion d'une autre convention ayant le même objet, si l'impubère est devenu capable de la conclure[49]. — Le mineur pubère, en tant qu'il est incapable de

" non repetit ". L'enrichissement du pupille est indiqué ici d'une manière surabondante; si le pupille s'est enrichi, déjà pendant son impuberté il est tenu civilement; arg. D. 36, 2, *quando dies leg. ced.*, L. 25 § 1, D. 35, 2, *ad leg. Falc.* L. 21 pr., et D. 46, 3, *de solut.*, L. 44, vis Item si pupillo..... consequatur. Cf. D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 66 (64) pr.

Le D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 41, qui accorde la répétition, suppose un payement fait pendant l'impuberté.

(46) C. 5, 74, *si major fact.*, L. 3. — (47) Cf. T. I, § 82, 3°.

(48) Indépendamment des textes qui attribuent aux contrats conclus par l'impubère sorti de l'enfance des effets de l'obligation naturelle (notes 37 à 46 du présent paragraphe), cette obligation est encore affirmée d'une manière générale au D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 42 pr.

(49) Cf. Machelard, cité, p. 230-232 et Windscheid, II, § 289, 4. Les interprètes du droit romain sont très divisés. Les uns (Glück, IV, § 288, p. 66-71. — Weber, cité, § 71. — Reinhardt, cité, § 72-73. — Unterholzner, cité, I, § 78, n° I. — Molitor, cité, I, nos 23-24. — Schwanert, cité, § 18. — Machelard, cité, p 203-233. — Vangerow, I, § 279, *Anm.* — Arndts, § 230, *Anm.* — Windscheid, II, § 289, 3-4) admettent une obligation naturelle limitée à charge de l'impubère âgé de sept ans, sans être d'accord sur son étendue. Machelard et Vangerow accordent seulement une action en répétition à l'impubère, s'il a payé pendant son impuberté et sans l'autorisation de son tuteur; leur opinion mérite la préférence. Windscheid accorde l'action en répétition d'une manière absolue.

D'autres (Rudorff, *Vormundschaft*, II, § 122, n° II. — Savigny, cité, I, § 10, 5. — Demangeat, T. I, p. 381-383, et T. II, p. 455. — Sintenis, I, § 17 et notes 24-25. — cf. Maynz, T. II, § 193, 1, et T. III, § 346, note 17) admettent une obligation naturelle pleine et entière.

Puchta (*Pand.*, § 237 et note h, *Vorles.* II, § 237), repousse une obligation naturelle quelconque de l'impubère.

L'état de nos sources explique la controverse qui s'est élevée parmi les interprètes du droit romain. La masse des textes relatifs à notre question admet l'existence d'une obligation naturelle pour le pupille et reconnaît des effets divers à cette obligation (voyez les citations faites aux notes 36 à 47); beaucoup de ces passages supposent en termes exprès que le pupille ne s'est pas enrichi; les autres le supposent virtuellement, car, dans l'hypothèse d'un enrichissement, l'obligation du pupille eût été civile et non simplement naturelle. Mais deux lois nient en termes énergiques l'obligation naturelle du pupille; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 58 (59) « Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali « obligatur ». — D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 41 « Quod pupillus sine tutoris

s'obliger civilement(50), est obligé naturellement dans le même sens que l'impubère âgé de sept ans(51).

4° Le prodigue et le faible d'esprit mis sous curatelle sont capables de stipuler, mais incapables de promettre(52), comme l'impubère âgé de sept ans. Ils sont aussi obligés naturellement dans le même sens(53). — Mais on doit repousser toute obligation naturelle en ce qui concerne les personnes atteintes d'aliénation

« auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet ». Admettre ou repousser d'une façon absolue l'obligation naturelle du pupille, c'est ne pas tenir compte de l'un ou de l'autre groupe de lois précitées. On tient compte des deux groupes, en adoptant une obligation naturelle limitée, en écartant les effets les plus puissants de l'obligation naturelle, notamment ceux qui auraient pour résultat de rendre le contrat nuisible aux intérêts du pupille, mais ceux-là seulement. Ce résultat est en même temps conforme à la raison.

Jusqu'ici il n'a été parlé que des obligations naissant de contrats conclus par le pupille sans l'autorisation de son tuteur. Les mêmes règles sont applicables, pour des motifs identiques, lorsqu'il s'agit d'une obligation quasi-contractuelle qui exige de la part de l'impubère une manifestation de volonté. Tel est le cas où il gère les affaires d'autrui, reçoit un payement indu, accepte une hérédité sans l'autorisation de son tuteur; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 3 § 4 initio; D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 8 pr.; cf. Gaius, III, 91, et D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 3 § 4 i. f. Ce dernier texte se borne à étendre au quasi-contrat de gestion d'affaires une règle des contrats bilatéraux (D. 18, 5, *de resc. vendit.*, L. 7, § 1, v^is^ an proinde sit..... retentiones competant); le pupille ne peut poursuivre le maître par l'action contraire de gestion d'affaires, sans avoir au préalable rempli ses propres obligations comme gérant; Vangerow, I, § 279, *Anm.*, n° 3; cf. Windscheid, II, § 289, note 13, Molitor, cité, II, n° 764 i. f., et Machelard, cité, p. 227-230. Par contre, le pupille est pleinement tenu par le quasi-contrat, s'il s'agit d'une obligation qui se forme de plein droit indépendamment de sa volonté, comme dans le cas où ses affaires sont gérées par son tuteur ou par un tiers; D. 27, 4, *de contr. tut. act.*, L. 1 pr. et § 1, L. 3 § 7; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 46; D. 10, 3, *comm. divid.* L. 29 pr. initio; D. 17, 2, *pro socio*, L. 33 i. f.

L'impubère est aussi obligé d'une manière pleine et entière en vertu de la loi; arg. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 46 initio. En ce qui concerne les délits et les quasi-délits de l'impubère, voyez T. I, § 43, II, 2°.

(50) c'est-dire pour les conventions qui impliquent une aliénation et en outre, quand il s'agit de mineurs pubères *sui juris* sous curatelle, pour les conventions qui tendent à une aliénation; voyez T. III, § 369, 2°.

(51) Arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 42 pr.

(52) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 initio; D. 46, 2, *de novat.*, L. 3. Voyez cependant D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 5 § 1.

(53) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 25. Cette loi admet sans réserve la fidéjussion de l'obligation du prodigue interdit. Le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 i. f., qui émane du même Ulpien, se prononce non moins formellement contre la validité de cette fidéjussion; il a probablement en vue le cas assez fréquent où le fidéjusseur ignorait l'interdiction du prodigue; cette erreur annule le cautionnement. Cf. Glück, IV, § 288, p. 57 et note 61, et Machelard, cité, p. 267 et 272-275.

L'obligation naturelle du prodigue interdit est reconnue par D'avis et Arndts,

mentale. Comme ces personnes sont dépourvues de volonté, les conventions qu'elles concluent sont inexistantes[54] et partant il ne peut être question d'obligation naturelle[55]. Sans doute, une obligation se forme parfois de plein droit à charge d'un aliéné[56], par exemple si un tiers gère utilement les affaires de l'aliéné[57], et celui-ci s'oblige valablement par une convention pendant un intervalle lucide[58] ; mais, dans ces cas, l'aliéné est obligé civilement, parce que le motif de son incapacité, l'absence de volonté, n'existe pas[59]. — De même l'incapacité des sourds et des sourds-muets au point de vue du contrat verbal de stipulation[60] exclut toute obligation naturelle[61].

III L'enrichissement injuste aux dépens d'autrui est une cause fréquente d'obligations naturelles. Toutes les fois que le droit positif refuse de reconnaître une obligation civile et que, grâce à cette circonstance et indépendamment de toute autre cause légitime, une personne s'enrichit aux dépens d'un tiers, l'équité commande qu'elle ait l'obligation naturelle de restituer ce dont elle s'enrichit. *Jure naturae aequum est*, dit Pomponius, *neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*[62].

1° L'enfant sous puissance qui emprunte de l'argent, a l'obligation naturelle de le restituer au prêteur, bien que l'action de celui-ci puisse être repoussée par l'*exceptio senatus consulti Macedoniani*[63]; l'enfant s'enrichit du capital d'autrui. Nos sources disent que l'exception du sénatus-consulte Macédonien a été introduite en haine du créancier (*in odium creditoris*) plutôt qu'en

Zeitschrift f. Civilr. u. Prozess. Neue Folge X (1853), p. 117, par MACHELARD, cité, p. 266-267 et 272-275, et par MASSOL, cité, p. 159-161.

Contra GLÜCK, IV, § 288, p. 56-57 et note 61, et apparemment aussi SAVIGNY, cité, I, § 10.

(54) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 8; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 12, L. 43 initio; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 5 § 2 initio.

(55) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 i. f., et D. 46, 1, *de fidej.*, L. 70 § 4.

(56) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 46. — (57) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 3 § 5.

(58) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 2.

(59) Donc son fidéjusseur est tenu; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 70 § 4 i. f. La loi 25 *cod.* décide d'une manière générale que le fidéjusseur d'un fou est obligé envers le créancier; on doit la restreindre aux cas particuliers indiqués ci-dessus, sinon elle serait en contradiction avec le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 i. f., surtout avec le D. 46, 1, *de fidej.*, L. 70 § 4. Cf. MACHELARD, cité, p. 268-275, et MASSOL, cité, p. 156-158. — (60) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 7.

(61) La stipulation ne vaut pas comme simple pacte, car les parties n'ont pas voulu contracter à ce dernier titre; arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 1 § 2; cf. la note 8 du présent paragraphe.

(62) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 206. Voyez encore D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 14, L. 19 pr — (63) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 10.

faveur du débiteur[64]; cela signifie que l'enfant reste obligé naturellement, parce qu'il s'est enrichi[64a]. On ne peut pas en dire autant de la femme qui intercède pour un tiers contrairement au sénatus-consulte Velléien; cette femme ne s'enrichit pas par son intercession; c'est pourquoi elle n'est pas liée naturellement[65].

2° Le débiteur d'une quantité de choses fongibles a l'obligation naturelle d'en payer les intérêts; en jouissant gratuitement du capital d'autrui, il s'enrichit des intérêts de ce capital. C'est sur cette obligation naturelle que se fonde l'antichrèse tacite[66]; le créancier qui reçoit en gage une chose frugifère, en sûreté d'un capital non productif d'intérêts, peut retenir les fruits jusqu'à concurrence du taux légal de l'intérêt[67].

(64) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 40 pr. i. f.; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9 § 4 i. f.

(64a) Arg. D. *eod.*, L. 9 § 4 i. f., L. 10.

(65) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 40 pr. initio. — (66) T. II, § 270, 1°.

(67) 1° L'obligation naturelle de payer les intérêts est prouvée avant tout par le D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 pr., Ulpien, " Si non sortem quis, sed usuras " indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit „.

Le débiteur d'un capital non productif d'intérêts avait payé spontanément des intérêts. Ulpien décide qu'il n'a pas le droit de les répéter (Si.. quis.. usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit). Il en est autrement si l'on a payé, soit un capital indu (arg. des mots « non sortem (*scil. indebitam*).. sed »), soit des intérêts d'un capital indu (arg. des mots « si sortis debitae solvit »); dans ces deux cas, la répétition est admise. Ulpien est formel en faveur de l'obligation naturelle de payer les intérêts d'un capital réellement dû mais non productif d'intérêts, car il exclut la répétition de ces intérêts. Il est arbitraire de restreindre sa décision au cas où le débiteur aurait payé les intérêts en connaissance de cause, de telle façon qu'elle ne s'opposerait pas à la répétition des intérêts payés par erreur; c'est faire violence au texte, qui n'établit pas cette distinction. On n'est pas plus fondé à soutenir que, si en vertu de la décision d'Ulpien, les intérêts ne peuvent être répétés, le créancier devra au moins les imputer sur le capital. Non seulement Ulpien ne dit rien de pareil, mais il est certain que, si telle avait été sa pensée, il l'aurait exprimée, comme il l'exprime immédiatement après, à l'occasion du payement d'intérêts usuraires (repeti quidem non posse, sed sorti imputandum); ce rapprochement est décisif.

2° L'antichrèse tacite fournit un autre argument; D. 20, 2, *in quib. caus. pign. tac. contr.*, L. 8. La rétention des fruits, en guise d'intérêts, est analogue à la rétention des intérêts eux-mêmes payés par le débiteur au créancier; elle ne s'explique d'une manière satisfaisante que par une obligation naturelle de payer les intérêts.

3° Voyez encore Sénèque, *Epist.* 81, vis ingratus enim est, qui beneficium reddit sine usuris.

On oppose le C. 4, 32, *de usur.*, L. 18, qui admet la répétition des « usurae indebitae », alors même qu'elles ont été payées après le capital. Mais cette constitution se propose d'abolir une distinction faite par certains jurisconsultes entre le payement d'intérêts fait avant le remboursement du capital et le payement d'intérêts fait après ce remboursement. Or nous ne trouvons pas de trace d'une semblable distinction dans l'espèce dont il s'agit ici, tandis que nous la rencon-

3° Le propriétaire d'une chose est tenu naturellement de rembourser les impenses utiles faites de bonne foi à sa chose, jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles lui ont procurée, quoique la loi positive refuse de reconnaître une obligation civile(68); dans la limite indiquée, il s'enrichit aux dépens d'autrui. De là, dans le cas d'accession, l'obligation naturelle du maître de la chose principale de payer la valeur de la chose accessoire au maître de celle-ci, qui de bonne foi a fait la combinaison des deux choses et qui néanmoins est sans action(69). De là encore, pour le propriétaire d'une chose, l'obligation naturelle de payer la valeur de son travail à celui qui de bonne foi l'a façonnée d'une manière quelconque, mais pour son compte personnel, sans que la chose façonnée lui soit acquise en vertu de la spécification(70).

4° La prescription extinctive d'une dette laisse subsister une obligation naturelle. A l'appui de celle-ci, nous invoquons d'abord l'enrichissement du débiteur en vertu d'une règle de pur droit positif; l'équité veut qu'il demeure tenu naturellement. Ensuite, le fondement de la prescription extinctive d'un droit est la négligence apportée à l'intentement de l'action contre le tiers qui lésait le droit; dès lors la prescription ne doit éteindre que l'action et non le droit lui-même. Telle est la règle incontestablement admise à Rome pour les droits de la personnalité et la généralité des droits réels, surtout pour la propriété. Après trente ans d'inaction, le propriétaire d'une chose perd son action revendicatoire contre le tiers possesseur de la chose et ses successeurs universels ou particuliers, mais sa propriété subsiste(71). Il faut en dire autant de la prescription des obligations; elle éteint l'action du créancier et, avec elle, l'élément civil de l'obligation; mais l'élément naturel demeure debout. On objecte que l'obligation s'identifie avec l'action

trons dans le cas où le débiteur d'un capital payait des intérêts usuraires; PAUL, II, 14, § 2; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 pr., v^is sed si supra..... C'est à ce dernier cas que s'applique la loi 18 cit.

Voyez en ce sens THIBAUT, *Versuche* II, *Abh.* 5, n° 3, CHRISTIANSEN, cité, p. 92-96, VANGEROW, I, § 76, *Anm.* 2, n°s 2-3, et NAMUR, I, § 212, 6, 4°.

Contra UNTERHOLZNER, cité, II, § 323, n° II, SINTENIS, II, § 87, note 58, et WINDSCHEID, II, § 289, note 1.

(68) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 48 " Sumptus in praedium, quod alienum esse " apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque " a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis " aequitatis ratione servantur.. „.

(69) D. *eod.*, L. 23 § 4; I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 30 i. f.

(70) Arg. des textes cités à la note précédente.

(71) C. 7, 39, *de praescr. XXX v. XL ann.*, L. 8 § 1 i. f. et 1^a. Toutefois le simple non-usage d'une servitude, soit personnelle, soit rurale, entraîne la perte du droit de servitude; C. 3, 34, *de servit.*, L. 13.

du créancier[72]; c'est faire abstraction des obligations naturelles. On peut encore se prévaloir du développement historique de la prescription des obligations. En attachant une action annale à certaines conventions, telles que le constitut, le préteur se bornait en réalité à élever, pour une année, une obligation naturelle au rang d'une obligation civile, car déjà auparavant le simple pacte créait un lien naturel. Après l'expiration de l'année, l'action tombait; mais le débiteur ne devait pas être dans une condition meilleure qu'avant la réforme prétorienne; il restait tenu naturellement[73]. Or le nouveau

(72) VANGEROW, I, § 151, *Anm.*, p. 234.

(73) Malgré la certitude qui semble s'attacher à cette règle, elle est contestée, même par quelques auteurs qui admettent la persistance d'une obligation naturelle pour les actions perpétuelles du droit civil; BRINZ, I, § 113 i. f. Il n'y a pas lieu d'attacher de l'importance aux mots « obligatio tempore finitur » ou autres équivalents que plusieurs textes appliquent aux actions temporaires du droit prétorien; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 7 (8) pr.; D. 27, 4, *de contr. tut. act.*, L. 1 § 7; D. 30, *de leg. 1°*, L. 55; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 6; ces mots ne visent que l'élément civil de l'obligation. On oppose surtout le D. 46, 8, *rat. rem hab.*, L. 25 § 1, le D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 18 § 1, le D. 46, 3, *de solut.*, L. 38 § 4, et le D. 46, 1, *de fidej.*, L. 37.

1° Dans l'espèce du D. 46, 8, *rat. rem hab.*, L. 25 § 1, un débiteur « qui tempore liberaretur », avait payé avant l'expiration du terme entre les mains d'un simple gérant d'affaires du créancier, en se faisant fournir la caution *ratam rem dominum habiturum*; la ratification du maître intervint seulement après l'arrivée du terme. Le débiteur peut se faire restituer par le gérant ce qu'il lui a payé. Le jurisconsulte considère donc comme non avenue la ratification du créancier après l'arrivée du terme, ce qui suppose qu'en ce moment il n'existait plus d'obligation naturelle. Mais l'expression « qui tempore liberaretur » peut et doit être rapportée à un débiteur qui ne s'était engagé que pour un certain temps ou bien aux *sponsores* et aux *fidepromissores* de l'ancien droit romain qui, en vertu de la loi *Furia*. étaient tenus seulement pendant deux ans; GAIUS, III, 121, v^is biennio liberantur. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a prescription véritable; l'obligation s'éteint par l'expiration d'un terme résolutoire et d'une manière complète.

2° Le D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 18 § 1, reconnaît comme valable le constitut fait par quelqu'un qui était débiteur lors du constitut, bien qu'il eût cessé de l'être au moment où il était poursuivi par l'*actio de pecunia constituta*. En conséquence, celui qui est obligé à une action temporaire (temporali actione obligatum), est tenu par le constitut malgré l'expiration subséquente du terme; il est même tenu lorsque, en vertu du constitut, il ne doit payer qu'après cette expiration (quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur). On a conclu de ce texte que le constitut eût été nul s'il avait été fait après l'expiration du terme, ce qui impliquerait l'absence d'une obligation naturelle. Mais il est permis de repousser cette argumentation *a contrario*. Nous admettons avec SAVIGNY (*System* V, § 251, n° III i. f.) que la loi se rapportait, sous la plume d'Ulpien, à un engagement des anciens *sponsores* ou *fidepromissores*; les expressions " post tempus obligationis „ et " eo tempore constituit, quo erat obligatio „ conviennent très bien à un pareil engagement et fort peu à une prescription d'action; le passage a été interpolé; les mots " temporali

droit romain s'est borné à généraliser le principe de la prescription introduit par l'édit du préteur. Nous nous fondons également sur l'imprescriptibilité des exceptions. Cette imprescriptibilité n'est pas douteuse lorsque, dans le cas d'un simple pacte, le créancier dispose seulement d'une exception, car il ne dépend pas de lui

actione „ et " temporalis actionis „ ont été substitués à ceux qui faisaient expressément allusion à la loi *Furia*.

3° D'après le D. 46, 3, *de solut.*, L. 38 § 4, quelqu'un avait été libéré d'une action (actione qua liberatus) à la suite d'une absence pour service public. Cette action pouvait être rétablie par la restitution en entier; D. 4, 6, *ex quib. caus. maj.*, L. 1 § 1, vis actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur. Après le retour de l'absent, un fidéjusseur intervint en sa faveur; mais l'ayant droit ne demanda pas dans l'année la restitution en entier, qui se trouva ainsi prescrite. En principe le fidéjusseur est libéré, sauf le bénéfice de la restitution en entier qui peut compéter, le cas échéant, contre le fidéjusseur que le créancier aurait été dans l'impossibilité de poursuivre. Cette libération prouverait l'absence d'une obligation naturelle après l'accomplissement de la prescription. Mais il paraît impossible d'appliquer la loi à la prescription d'une action prétorienne, sinon le délai se compterait utilement; il ne courrait pas pendant l'absence de l'adversaire, comme l'admet le jurisconsulte. Celui-ci doit avoir eu en vue l'ancienne prescription d'instance qui s'accomplissait par un délai continu; Gaius, IV, 104-105. Mais, alors même que le passage se rapporterait à la prescription des actions prétoriennes, il ne pourrait pas nous être opposé; en effet, loin d'annuler la fidéjussion, il la déclare valable; car le fidéjusseur est seulement libéré si le créancier ne se fait pas restituer en entier dans l'année. Cette circonstance tend à prouver que la fidéjussion avait eu lieu sous la condition de la restitution en entier. Il s'agissait probablement d'une fidéjussion faite sous la condition d'une restitution en entier contre une prescription d'instance.

4° Reste le D. 46, 1, *de fidej.*, L. 37, Paul, " Si quis, postquam tempore " transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam " erroris fidejussio nulla est „.

Un débiteur libéré par l'effet du temps avait donné un fidéjusseur, lequel ignorait la libération du débiteur. A raison de cette erreur, Paul décide que le fidéjusseur n'est pas tenu. Il admet implicitement qu'il aurait été obligé s'il avait cautionné en connaissance de cause. Cette loi paraît se rapporter à la prescription des actions honoraires, bien qu'elle puisse aussi avoir en vue l'ancienne prescription d'instance. Si on l'applique à la première prescription, elle nous est plutôt favorable. En admettant que la prescription laisse subsister une obligation naturelle, le fidéjusseur est intervenu valablement; il est tenu de plein droit; cf. D. *eod.*, L. 60 initio. Mais il peut opposer la prescription extinctive, comme toute autre exception du débiteur principal (non tenetur), à moins qu'il n'ait su que la prescription était acquise au débiteur; car, dans ce dernier cas, il a voulu garantir le créancier contre la prescription; cf. § 315, II, A, 2°. Par contre, si on admet que la prescription détruit aussi l'obligation naturelle, la fidéjussion d'une dette prescrite doit être nulle, alors même que la caution est intervenue en connaissance de cause; car la fidéjussion est relative à un néant juridique.

Voyez en ce sens Savigny, *System* V, § 251, n° II, p. 398-399 et note h

d'opposer cette exception ; il ne peut le faire que s'il est actionné par son adversaire ; un reproche de négligence ne se comprend pas et cette négligence est le fondement de la prescription extinctive(74). Mais le même motif commande la même décision lorsqu'il s'agit d'un créancier civil disposant à la fois d'une action et d'une exception ; celle-ci ne doit pas se prescrire, parce qu'il n'est pas au pouvoir du créancier d'en user ; au point de vue de l'exception, le reproche d'une négligence n'existe pas et la prescription doit être exclue(75). Enfin, et cet argument est décisif, dans la législation de Justinien le débiteur est soumis à l'action hypothécaire pendant quarante ans(76), donc encore dix ans après la prescription de l'obligation principale(77) ; or l'action hypothécaire suppose au moins une obligation naturelle ; sans celle-ci, on ne conçoit ni le droit d'hypothèque, ni l'action hypothécaire(78) ; la conclusion qui s'impose, est qu'une obligation naturelle a survécu à la prescription(79). En faveur de l'extinction absolue de l'obligation prescrite,

initio, n° III, p. 401-403, n° VI, note p, et MAYNZ, II, § 298 et notes 4, 10 et 13.

Contra MACHELARD, cité, p. 464-488, et VANGEROW, I, § 151, *Anm*, n° 4, p. 235-236.

On reconnaît d'ailleurs (VANGEROW, l. c.) que si la prescription annale des actions prétoriennes détruisait l'élément naturel de l'obligation, il n'y aurait pas là une preuve directe en faveur du même effet de la prescription Théodosienne ; celle-ci éteint l'action déjà née, tandis que l'action honoraire est plutôt accordée pendant un an. — (74) D. 44, 4, *de doli mali exc.*, L. 5 § 6.

(75) La loi citée à la note précédente proclame la perpétuité de l'exception de dol, en l'opposant à la prescription de l'action de dol ; elle ne suppose pas que la personne trompée jouissait seulement de l'exception. Elle admet donc que l'exception est perpétuelle, nonobstant son concours avec l'action et la prescription de celle-ci.

On peut généraliser l'argument déduit de l'imprescriptibilité des exceptions et l'étendre à l'ensemble des effets des obligations naturelles. Une obligation simplement naturelle a une durée indéfinie ; il doit en être de même de l'élément naturel d'une obligation civile. Il serait étrange qu'un simple pacte produisît une obligation naturelle imprescriptible, tandis qu'un contrat n'en produirait plus après l'accomplissement de la prescription.

(76) C. 7, 39, *de praescr. XXX v. XL ann.*, L. 7 § 1. Avant Justinien l'action hypothécaire était même imprescriptible de la part du débiteur ; arg. C. *eod.*, L. 3 pr. i. f. — (77) C. *eod.*, L. 7 § 1 i. f., cbn. avec L. 3 pr. initio.

(78) C. 8, 32 (33), *si pign. conv. numer. sec. non sit*, L. 1, L. 2 ; D. 20, 1, *de pignor.*, L. 5 pr. i. f.

(79) D. *eod.*, L. 14 § 1 « Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus « perseverare constitit » ; C. 8, 30 (31), *de luit. pign.*, L. 2 « Intellegere debes « vincula pignoris durare personali actione submota ».

Pour combattre l'argument tiré de la persistance de l'hypothèque après la prescription de la dette, on dit que l'hypothèque subsiste parce que le créancier n'a pas été satisfait et qu'en vertu d'une règle générale les causes d'extinction de l'obligation principale qui ne satisfont pas le créancier laissent subsister

on fait valoir cette considération que la prescription, comme la chose jugée, a pour but de mettre un terme aux procès; ce but, dit-on, ne sera atteint que si l'on ferme la voie à tout nouveau débat, qu'il se présente sous la forme d'une action ou sous celle d'une exception[80]. Mais l'analogie de la chose jugée n'existe pas. La prescription extinctive repose avant tout sur la négligence du créancier et, si elle tend aussi à mettre fin aux procès, c'est en ce sens qu'elle veut empêcher le débiteur d'être poursuivi indéfiniment[81].

5° Par voie d'analogie, l'ancienne péremption d'instance[82] laissait incontestablement subsister une obligation naturelle[83]; en droit nouveau, il faut en dire autant de la prescription de la litispendance[84] et de la péremption triennale de la procédure[85].

6° Lorsqu'un débiteur subit une petite diminution de tête[86], il est libéré[87], sauf que son créancier jouit du bénéfice de la restitution en entier contre la diminution de tête[88]. Ici encore il y a enrichissement injuste aux dépens du créancier du *capite deminutus*; aussi subsiste-t-il une obligation naturelle indépendamment de la restitution en entier[89].

l'hypothèque. Comme le créancier hypothécaire conserve son hypothèque après la prescription de la dette, on aurait à cause de l'hypothèque admis une obligation naturelle. On invoque le D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 61 (59) pr. « Remanet ergo propter pignus obligatio naturalis ». Mais : 1° il est inexact de soutenir que les causes d'extinction de l'obligation principale qui ne satisfont pas le créancier, laissent subsister l'hypothèque; voyez T. II, § 282, note 12; 2° il est contradictoire de repousser l'obligation naturelle après la prescription d'une dette chirographaire et de l'admettre après la prescription d'une dette hypothécaire; 3° il est peu rationnel que l'obligation principale soit maintenue à cause de son accessoire, l'hypothèque, 4° le D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 61 (59) pr., n'a pas la portée qu'on lui attribue; voyez T. II, § 282, note 15.

(80) Machelard, cité, p. 500-501.

(81) Voyez en ce sens Weber, cité, § 92, Goeschen, I, § 154, Unterholzner, cité, I, § 247, n° II, et *Gesammte Verjährungslehre* II, § 258, Savigny, *System* V, § 248-251, et *Obligationen* I, § 11, n° 10, Mühlenbruch, II, § 481 i. f., et Continuation de Glück XXXV, § 1421e, note 67, Puchta, *Instit.* II, § 208 i. f., *Pand.*, § 92, *Vorles.* I, § 92 et *Beilage* VI, Keller, § 89, Demangeat, II, p. 650, et Maynz, II, § 298, n° I. Cf. Brinz, I, § 113 i. f. et 114 i. f.

Contra Thibaut, I, § 205, n° I, Schilling, II, § 116, 4°, Molitor, cité, T. I, n°s 33-37, T. II, n°s 1102-1103, Schwanert, cité, § 22, Machelard, cité, p. 450-501, Massol, cité, p. 92-104, Sintenis, I, § 31 et note 57, Vangerow, I, § 151, *Anm.*, Namur, II, § 508, 2, et Windscheid, I, § 112 initio. Cf. Arndts, § 277, *Anm.* 1.

(82) Gaius, IV, 104-105.

(83) D. 46, 8, *rat. rem hab.*, L. 8 § 1, vis quia naturale debitum manet. Cf. D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 30 § 1, et C. 8, 30 (31), *de luit. pign.*, L. 2, et note 79 initio du présent paragraphe. — (84) C. 7, 39, *de praescr. XXX v. XL ann.*, L. 9.

(85) C. 3, 1, *de judic.*, L. 13. — (86) Cf. T. I, § 52, III.

(87) Gaius, III, 84, IV, 38. — (88) Cf. T. I, § 52, III, 2°.

(89) D. 4, 5, *de cap. min.*, L. 2 § 2, vis Hi qui capite minuuntur ex his causis, « quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter.. ».

7° Si un créancier est déchu de son droit à titre de peine[90], il conserve une créance naturelle, à moins que celle-ci ne soit contraire aux termes ou à l'esprit de la loi qui prononce la déchéance; le débiteur libéré à titre de peine pour le créancier s'enrichit injustement aux dépens de ce dernier[91]. Tel est le cas où quelqu'un perd sa créance par application de cette disposition de l'édit prétorien que, si un magistrat investi d'une juridiction a statué d'après une règle nouvelle et arbitraire, la même règle peut être rétorquée, dans les causes ultérieures, contre ce magistrat[92] et contre le plaideur qui en a profité[93], soit par l'autre plaideur[93], soit par un tiers[94]. Il faut en dire autant lorsqu'un créancier est déchu de son droit pour s'être emparé de vive force de la chose due[95], ou bien pour ne pas avoir déclaré sa créance contre un incapable au moment où il a été appelé à sa tutelle ou à sa curatelle[96].

(90) Cf. T. IV, § 508, 15°.

(91) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 19 pr. « Si poenae causa ejus cui debetur debitor « liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest ».

(92) D. 2, 2, *quod quisque jur. in al. stat.*, L. 1 pr. et § 1. — (93) L. 1 cit. § 1.

(94) D. *eod.*, L. 3 § 2 et 7 « Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus « putat : superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem ».

(95) Cf. D. 48, 7, *ad leg. Jul. de vi priv.*, L. 7, D. 4, 2, *quod met. causa*, L. 12 § 2, L. 13, et arg. Nov. 52, c. 1, vis actionem.. amittat, et Nov. 60, c. 1, pr., vis actione.. cadat.

En ce sens Unterholzner, cité, I, § 239, n° I, 1, A, et § 240, n° IV, et Schwanert, cité, § 23, p. 474.

Contra Weber, cité, § 94, Vangerow, I, § 133, *Anm.*, p. 189, et Windscheid, II, § 289 et note 22.

Cf. Savigny, *System* V, § 249, p. 375-377, *Obligationen* I, § 11, n° 12, Machelard, cité, p. 514-516 et Maynz, II, § 287, note 8.

(96) Arg. Nov. 72, c. 4, vis omni actione adversus minorem, etsi vera sit, se casurum esse sciat.

En ce sens Weber, cité, § 94, Unterholzner, cité, 1, § 239 i. f. et 240, n° IV, Schwanert, cité, § 23, p. 478, Machelard, cité, p. 518-520, et Vangerow, I, § 270, *Anm.*, n° 3, a, p. 503.

Contra Savigny et Windscheid, loc. cit.

La persistance de l'obligation naturelle paraît aussi devoir être admise lorsqu'un créancier ayant poursuivi son débiteur en justice perd sa créance pour avoir corrompu le juge ou le représentant de son adversaire; D. 12, 5, *de cond. ob turp. v. inj. caus.*, L. 2 § 2, vis litem eum perdere, et C. 7, 49, *de poen. jud., qui male judic.*, L. 1, vis amittat actionem. Cf. Machelard, cité, p. 516-517.

Mais il ne reste pas d'obligation naturelle lorsque, par application de la loi Anastasienne, le débiteur est libéré de sa dette pour la différence entre son montant nominal et le prix de la cession (C. 4, 35, *mand.*, L. 22-23), lorsqu'un incapable est libéré de sa dette à raison d'une cession faite à son tuteur ou curateur (Nov. 72, c. 5), ou lorsqu'un débiteur est libéré à raison d'une cession faite à un homme puissant; C. 2, 13 (14), *ne liceat potent.*, L. 1-2. Dans ces cas, la loi veut avant tout protéger le débiteur; voyez T. III, § 349 et note 48, et § 351, V, E, 3°.

Toutes ces obligations naturelles fondées sur l'enrichissement peuvent être garanties par un cautionnement[97] ou une hypothèque[98]; elles sont encore susceptibles d'être reconnues comme obligations civiles au moyen du constitut[99] et d'être novées par de pareilles obligations[100]. Là ne s'arrête pas leur efficacité. Le débiteur qui les paye, fût-ce par erreur, n'est pas admis à répéter[101]. Mais en général les effets plus puissants de l'obligation naturelle, la compensation[102] et le droit de rétention[103], viennent à tomber; les accorder au créancier naturel, ce serait lui permettre d'exiger indirectement la chose due, alors que la loi a voulu exclure toute contrainte.

IV. Certains devoirs de morale universellement reconnus servent aussi de base à une obligation naturelle.

1° La femme est obligée naturellement de constituer une dot à son mari, pour l'aider à supporter les charges de la vie com-

(97) D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9 § 3-4, cf. L. 18. — D. 46, 1, *de fidej.*, L. 37 (cf. note 73 i. f. du présent paragraphe). Mais en principe la caution peut, comme le débiteur principal, repousser l'action en payement; D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 9 § 3; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 37; cf. T. III, § 315, II initio et 3°, et la note 73 i. f. du présent paragraphe.

(98) D. 20, 1, *de pignor.*, L. 14 § 1 « Ex quibus casibus naturalis obligatio « consistit, pignus perseverare constitit ». Cf. T. II, § 262, 1°.

(99) Cf. C. 4, 28, *ad sctum Maced.*, L. 2, v^is^ vel alias agnovit debitum, et D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 7 § 15-16. Pour le D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 18 § 1, voyez note 73 du présent paragraphe.

(100) D. 46, 2, *de novat.*, L. 19; C. 4, 28, *ad sctum Maced.*, L. 2; cf. D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 20.

(101) D. *eod.*, L. 9 § 4; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 9, L. 40 pr. Voyez cependant D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 8. — D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 pr. initio. — D. 2, 2, *quod quisque jur. in al. statuerit*, L. 3 § 7.

(102) Cf. D. 16, 2, *de compens.*, L. 14 « Quaecumque per exceptionem peremi « possunt, in compensationem non veniunt ».

Pour les prêts d'argent faits à un enfant sous puissance, voyez en ce sens Unterholzner, cité, I, § 72, note n, n° 5, Molitor, cité, I, n° 32 i. f., Machelard, cité, p. 131-132, Dernburg, *Compensation*, § 55, p. 471, Sintenis, II, § 108, p. 522, et Windscheid, II, § 289 et note 21.

Contra Glück, XIV, § 900 initio, et Schwanert, cité, § 17, p. 361-362.

Cf. Savigny, cité, I, § 10, 6.

Au point de vue de la dette prescrite, voyez en ce sens Unterholzner, *Gesammte Verjährungslehre* II, § 258, p. 299-300, Mühlenbruch, II, § 481 i. f., et Schwanert, cité, § 22, p. 462. Cf. Keller, § 89 i. f.

Contra Savigny, *System* V, § 251, n° IV, Puchta, *Instit.* II, § 208 et note *oo*, *Pand.*, § 92 i. f., et Maynz, II, § 298, n° I i. f.

(103) L'obligation naturelle qui incombe au propriétaire, de restituer les impenses utiles faites de bonne foi à sa chose jusqu'à concurrence de la plus-value (cf. n° III, 3° du présent paragraphe), produit cependant un droit de rétention; D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 48. Il est difficile de ne pas y attacher aussi la faculté de compenser.

mune[104]. Le montant de cette obligation naturelle dépend de la fortune de la femme et des besoins de la famille[105].

2° L'affranchi a l'obligation naturelle de fournir à son patron des services d'honneur et de reconnaissance (*operae officiales*, de *officium*, devoir), tandis qu'il ne doit prester d'autres services (*operae fabriles*) qu'en vertu d'un engagement spécial[106].

Ces deux obligations naturelles produisent les divers effets possibles des obligations naturelles[107], sauf la compensation et le droit de rétention[108].

(104) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 32 § 2 " Mulier si in ea opinione sit, ut " credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: " sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti " non potest „.

Quelques auteurs appliquent le mot " mulier „ à la mère de la femme mariée; cette désignation serait très impropre. En ce sens Savigny, cité, I, § 12, 1°, Maynz, III, § 310 initio, et Windscheid, II, § 289, note 6 initio. Contra Molitor, cité, I, n° 30 initio, Vangerow, III, § 625, *Anm.* 1, n° I, 1°, a, et Machelard, cité, p. 282 et note 1.

On a soutenu qu'il n'y a pour la femme qu'un simple devoir moral qui s'opposerait à la répétition de la chose payée; Puchta, *Instit.* II, § 268 et note *h.* — Schilling, III, § 353, *Zusatz*, p. 821. — Maynz, II, § 293, note 13. Mais le seul devoir moral n'explique pas l'exclusion de la *condictio indebiti*; s'il la justifiait, beaucoup d'autres devoirs moraux qui, sans nul doute, ne s'opposent pas à la répétition, devraient y faire également obstacle. La rétention d'une chose payée par erreur est le signe certain d'une obligation proprement dite. Molitor, cité, I, n° 30. — Savigny, I, § 12, note a. — Machelard, cité, p. 282. — Vangerow, III, § 625, *Anm.* 1, n° I, 1°, a.

(105) Arg. D. 25, 3, *de agnosc, et al. lib.*, L. 5 § 10 initio. Voyez encore D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 46 § 2.

(106) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 12 " Libertus cum se putaret operas " patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis se putans obligatum " solvit, Julianus libro decimo digestorum scripsit: *natura enim operas patrono* " *libertus debet.* Sed et si non operae patrono sunt solutae, sed cum officium ab eo " desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. Sed " si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, " dum putat se debere, videndum an possit condicere... Sic et in proposito, ait, " posse condici, quanti operas essem conducturus... sed si solverit officiales " delegatus, non potest condicere neque ei cui solvit creditori, cui alterius " centemplatione solutum est quique suum recipit, neque patrono, *quia natura* " *ei debentur* „. Cf. D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 6, L. 9 § 1.

Contra Puchta, *Instit.* II, § 268 et note *h*, et Maynz, II, § 193, note 3. Mais voyez Molitor, cité, I, n° 30 i. f., Savigny, cité, I, § 12, 2, Machelard, cité, p. 281-282, et Vangerow, III, § 625, *Anm.* 1, n° 1, a.

(107) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 32 § 2, L. 26 § 12. Savigny, cité, 1, § 12, n°s 1 et 2, admet seulement la non-répétition de la chose payée; cf. Vangerow, III, § 625, *Anm.* I, n° I, 1, a. On ne voit pas pourquoi on exclurait par exemple le constitut; Machelard, cité, p. 282-283.

(108) Savigny, cité, I, § 12, n°s 1 et 2. — Machelard, cité, p. 282-283. Par contre, on n'est pas obligé naturellement, soit de fournir des aliments à des

V. Un jugement d'absolution injustement rendu ne laisse pas subsister une obligation naturelle. Si le débiteur absous paye par erreur après son absolution, il est admis à répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé(109). Ce système respecte seul l'autorité

collatéraux (*non obstat* D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 26 (27) § 1; en ce sens SAVIGNY, cité, I, § 12, note a, et MAYNZ, II, § 293, note 13; cf. MOLITOR, cité, I, n° 30, MACHELARD, cité, p. 285-288, et WINDSCHEID, II, § 289 et note 6. Contra VANGEROW, III, § 625, *Anm.*, n° I, 1°, a), soit d'exécuter une libéralité testamentaire irrégulièrement faite, soit de remplir une charge testamentaire régulière, sans opérer les retenues autorisées par le testament ou par la loi, notamment la quarte Falcidie; *non obstant* PAUL, IV, 3 § 4, D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5 § 15, C. 6, 42, *de fideic.*, L. 2; en ce sens SAVIGNY, cité, I, § 12 i. f., et MAYNZ, II, § 293, note 13; cf. MACHELARD, cité, p. 285-288, et WINDSCHEID, II, § 293 et note 6. En théorie, on ne peut pas dire qu'il existe, dans ces cas, un devoir moral universellement reconnu, pouvant servir de base à une obligation naturelle, et nos sources n'admettent ni une obligation naturelle, ni un seul effet de celle-ci. Aucun texte ne refuse expressément la *condictio indebiti* à celui qui, dans les espèces indiquées, aurait fait un payement par erreur; plusieurs lois permettent au contraire à l'héritier de répéter la quarte Falcidie qu'il a oublié par erreur de retenir; D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 22 (21), L. 70 (68) § 1. Quant aux lois qu'on nous oppose et qui refusent la *condictio indebiti*, elles doivent être restreintes au cas d'un payement fait en connaissance de cause; un pareil payement ne donne jamais lieu à répétition et par conséquent l'exclusion de la *condictio indebiti* ne prouve pas l'existence d'une obligation naturelle. La prestation dont il s'agit constitue soit une donation si son auteur a voulu gratifier, soit l'accomplissement d'un devoir moral si telle a été son intention (D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 5 § 15), soit une gestion d'affaires; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 33 (34). Cf. T. IV, § 407, I, C.

(109) Mais il n'y a pas lieu à répétition si le débiteur absous a fait le payement en connaissance de cause (D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 28) ou bien s'il a payé avant l'absolution; D. *eod.*, L. 60 pr. Dans le premier cas, il a voulu faire une libéralité à la partie adverse; dans le second, il a payé une dette civile qui existait encore lors du payement et que l'absolution subséquente n'a pu éteindre rétroactivement. A la dernière hypothèse se réfère le D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 60 pr., PAUL, " Julianus verum debitorem post litem contestatam " manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus " nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen " debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex " Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo " proficiscitur ".

" Julien niait que le véritable débiteur, payant après la *litis contestatio* et pen- " dant le procès, pût répéter, parce que, absous ou condamné, il ne pouvait " répéter; en effet, alors même qu'il est absous, il n'en demeure pas moins obligé " par la nature des choses, et Julien dit qu'il ressemble à celui qui a promis en " ces termes ' soit que le navire vienne de l'Asie, soit qu'il n'en vienne pas '; car " quel que soit l'événement, le payement a une cause légitime ".

Un débiteur véritable avait payé après la *litis contestatio*, mais avant le jugement. Il ne peut repéter pendant le procès. S'il est condamné plus tard, il est évident que la répétition est exclue. Mais elle l'est également s'il est absous; comme l'absolution n'opère que pour l'avenir et non pour le passé, elle ne l'a pas

de la chose jugée. Celle-ci est réputée l'expression de la vérité[110]; elle ne peut plus être remise en question[111], car les procès doivent avoir une fin[112]. Or, si l'absolution laissait subsister une obligation naturelle, la loi reconnaîtrait un état de choses contraire à celui qui est établi par la chose jugée; celle-ci cesserait d'être l'expression de la vérité; le créancier débouté pourrait la remettre en question, en voulant compenser avec sa créance naturelle ou bien en l'invoquant comme défendeur à la *condictio indebiti*; il pourrait prouver que le jugement d'absolution a été mal rendu et, moyennant cette preuve, il resterait créancier naturel; la chose jugée serait renversée. Nous nous fondons en outre sur l'analogie du serment décisoire; même l'élément naturel de l'obligation est détruit par la prestation de ce serment[113]; or la chose jurée, comme la chose jugée, est réputée l'expression de la vérité; elle ne peut plus être remise en question[114].

VI. Le bénéfice de compétence et l'*actio de peculio* ne donnent pas davantage lieu à une obligation naturelle. Lorsque, en vertu

empêché d'être débiteur au moment du payement. Les mots « natura tamen debitor permanet » ne font pas allusion à une obligation naturelle qui survivrait à l'absolution injuste; ils signifient que, malgré l'absolution, le débiteur était lors du payement obligé par la nature des choses. La fin du passage veut dire qu'il y a payement valable, que l'on admette l'alternative de la condamnation ou celle de l'absolution; le mot « alterius » équivaut à « alterutrius »; arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 34 § 6. — (110) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 207.

(111) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 56. — (112) D. 44, 2, *de exc. rei judic.*, L. 6.

(113) D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 39, L. 40; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 43.

(114) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 56. Cette doctrine est consacrée d'une manière implicite, mais certaine, par le D. 20, 6, *quib. mod. pign. solv.*, L. 13, Tryphonin, « Si deferente creditore juravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, « quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset: nam et si a judice « quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur „.

« Si, le créancier déférant le serment, le débiteur a juré qu'il ne doit pas « donner, l'hypothèque s'éteint, parce que le débiteur est assimilé à celui qui « aurait été absous en justice; car, si le débiteur a été absous par le juge, bien « que injustement, l'hypothèque n'en est pas moins éteinte „.

Ainsi, l'absolution injuste du débiteur entraîne l'extinction de l'hypothèque qui garantissait la dette. Donc, après l'absolution, il n'est pas resté d'obligation naturelle, sinon l'hypothèque serait aussi demeurée debout; D. 20, 1, *de pignor.*, L. 14 § 1. Voyez encore C. 4, 5, *de cond. indeb.*, L. 1 pr.

Non obstat D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 60 pr.; cf. note 109 du présent paragraphe.

Voyez en ce sens Glück, XIII, § 830, p. 101-103, Weber, cité, § 94, Thibaut, I, § 562 initio, Molitor, cité, I, n° 38, Machelard, cité, p. 414-442, Vangerow, I, § 173, *Anm.*, n° I, et Windscheid, I, § 129 et note 7.

Contra Unterholzner, cité, I, § 233 et note a, Mühlenbruch, II, § 330 et note 21, Puchta, *Pand.*, § 270, note g, Savigny, *System* V, § 249, p. 376 et note c, *Obligationen* I, § 11, n° 9, Schwanert, cité, § 21, p. 443-451, Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess* II, § 111, p. 649, et Maynz, II, § 298, n° II.

du bénéfice de compétence, un débiteur ne paye qu'une partie de sa dette, le surplus subsiste comme obligation civile; le créancier peut reprendre les poursuites contre le débiteur qui a fait de nouvelles acquisitions[115], preuve certaine de la persistance d'une obligation civile pour la partie restante de la dette. Si le débiteur paye cette partie par erreur, il ne peut la répéter[116]; il la devait civilement et non à raison de l'existence d'une simple obligation naturelle[117]. — De même le maître ou le père de famille qui, poursuivi par l'*actio de peculio*, paye les créanciers de son esclave ou de son enfant sous puissance jusqu'à concurrence du contenu du pécule, demeure tenu civilement du déficit; car, en principe, il est débiteur civil de la totalité de la dette, sauf que momentanément la condamnation se restreint aux forces du pécule[118]. Si plus tard le pécule vient à augmenter, l'*actio de peculio* peut être intentée de nouveau[119], ce qui atteste l'obligation civile; si le maître ou le père de famille paye par erreur au delà du montant du pécule, c'est encore l'obligation civile, et non l'obligation naturelle, qui lui interdit la répétition[120].

Section V. — **Des obligations de bonne foi et des obligations de droit strict.**

§ 330. NOTIONS ET HISTORIQUE.

1° Les obligations de bonne foi sont celles où l'on suit les principes de l'équité; les obligations de droit strict sont celles où l'on suit les principes rigoureux du droit[1]. Dans les premiers siècles de Rome, toutes les obligations étaient de droit strict; tels étaient

(115) C. 5, 18, *sol. matrim.*, L. 8 initio; cf. C. 7, 71, *qui bon. ced. poss.*, L. 1 initio.

(116) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 8, L. 9.

(117) Cf. T. III, § 288, II, 2°, et dans le même sens UNTERHOLZNER, cité, I, § 182, n° VII, SAVIGNY, cité, I, § 12, n° 4, et VANGEROW, I, § 174, *Anm.* 1, n° 1. Contra MACHELARD, cité, p. 505-511.

(118) Arg. D. 15, 1, *de peculio*, L. 30 § 4.

(119) L. 30 § 4 cit. La novation résultant de la *litis contestatio* du droit classique faisait obstacle à la reprise de l'action; pour rendre possible cette reprise, on ne s'aidait pas de cautions, comme lorsqu'il s'agissait du bénéfice de compétence; D. 15, 1, *de peculio*, L. 47 § 2. Il faut supposer que le jugement réservait une poursuite ultérieure; c'est peut-être pour ce motif que la loi 47 § 2 cit. i. f. paraît dire que le défendeur à l'*actio de peculio* n'est pas débiteur pour le tout. SAVIGNY, cité, I, § 12, n° 3 i. f.

(120) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 11. Cf. SAVIGNY, cité, I, § 12, n° 3, et MACHELARD, cité, p. 507.

(1) CIC., *pro Roscio comaedo* 4 " Hic tu si amplius [H-S.] nummo petisti, " quam tibi debitum est, causam perdidisti : propterea quod aliud est judicium, " aliud arbitrium. Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Ad judicium " hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus.... Quid est

les obligations verbales, les *nomina transscripticia* et l'obligation *ex mutuo;* elles étaient aussi civiles, c'est-à-dire basées sur le droit civil et productives d'une action, quoique certaines d'entre elles, par exemple l'obligation *ex mutuo*, eussent été empruntées au droit des gens(2). Les obligations de bonne foi n'apparurent que plus tard, sous l'influence du droit des gens(3); c'étaient en même temps des obligations naturelles; mais, dans la suite, un grand nombre de ces dernières furent reçues dans la classe des obligations civiles(4), sans dépouiller pour cela leur caractère d'obligations de bonne foi(5). Après ce développement du droit romain, les obligations civiles sont les unes de bonne foi, les autres de droit strict, tandis que les obligations naturelles sont toutes de bonne foi.

2° La division dont il s'agit a perdu beaucoup de son importance dans la législation de Justinien. Le domaine des obligations de droit strict s'est rétréci; les *nomina transscripticia*, qui constituaient l'une des plus importantes obligations de droit strict de l'ancienne Rome, ont disparu(6); l'obligation d'exécuter un legs, laquelle était aussi de droit strict, est devenue une obligation de bonne foi(7). En outre le système des obligations de droit strict a perdu de sa rigueur; tandis que, sous la procédure formulaire, le juge de l'action de droit strict ne pouvait avoir égard qu'aux exceptions du défendeur qui avaient été insérées dans la formule(8), en droit nouveau le défendeur à une pareille action fait valoir ses exceptions de la même manière qu'à une action de bonne foi(9).

" in judicio? directum, asperum, simplex... Quid est in arbitrio? mite, modera-
" tum, *quantum aequius melius, id dari* „.

I. 4, 6, *de action.*, § 30 initio; Théophile, *eod.*; D. 17, 1, *mand.*, L. 29 § 4 " de
" bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc
" tantum, debitor fuerit nec ne „.

(2) I. 1, 2, *de jure natur. et gent. et civ.*, § 2 i. f. Cf. § 328 initio.

(3) Molitor, cité, I, nos 18 et 250, p. 321, note 2. — Maynz, I, § 51, p. 522. — Contra Savigny. *System* V, § 220 initio, *Beilage* XIII, n° XIII, et *Beilage* XIV, n° XLVII. — (4) Cf. D. 1, 1, *de just. et jure*, L. 5.

(5) Les obligations de bonne foi proviennent donc toutes du droit des gens; les obligations de droit strict descendent du droit civil ou du droit des gens; le *mutuum* était *stricti juris* et *juris gentium*; Gaius, III, 132.

Cf. Savigny, *System* V, *Beilage* XIII, n° XIII, et *Beilage* XIV, n° 3 i. f., Puchta, *Instit.* II, § 269, p. 336-338, et Molitor, cité, I, nos 18 et 250, p. 321, note 2.

(6) Cf. T. III, § 360, I, et § 364.

(7) Cf. T. V, § 719, I, 3°, et II, 3°. Voyez encore C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un. § 2, et I. 4, 6, *de action.*, § 29 (T. V, § 548, 2° i. f., et § 552, 1° initio).

(8) T. I, § 98, 2°. — (9) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 30 i. f.

§ 331. DÉTERMINATION DES OBLIGATIONS DE BONNE FOI ET DES OBLIGATIONS DE DROIT STRICT.

En général, les obligations de bonne foi ont un caractère synallagmatique ou bilatéral; elles sont réciproques pour les deux parties. Les obligations de droit strict sont unilatérales; une seule partie est obligée. La vente, le louage et la société sont des contrats bilatéraux; ils produisent des obligations de bonne foi. La stipulation est un contrat unilatéral; l'obligation qui en résulte est de droit strict(1). Les obligations de bonne foi constituent la règle(2); donc leur énumération est inutile, il suffit de citer celles qui sont de droit strict; elles ont pour source :

(1) Le précaire fait exception à la règle; bien que unilatéral, il produit une obligation de bonne foi; D 43, 26, *de prec.*, L. 2 § 2 i. f; ici comme ailleurs le précaire est affranchi de la rigueur du droit; cf T. IV, § 445. Le point de vue auquel nous venons d'apprécier les obligations de bonne foi et les obligations de droit strict, est généralement admis; MOLITOR, cité, I, n° 19, 1°. — VANGEROW, I, § 139, *Anm.*, n° I, 7, et n° II, 3 i. f. — ORTOLAN, III, n° 1986. — NAMUR, II, § 503, 4. Cependant on a soutenu (MÜHLENBRUCH, I, § 138, n° II. — MAYNZ, T. I, § 51, II et Observ., T. II, § 195, § 216 et Observ.) que les actions de droit strict étaient plutôt celles qui avaient pour objet un *certum*, c'est-à-dire un corps certain ou une quantité déterminée de choses fongibles; les actions de bonne foi porteraient sur un *incertum*, sur une chose déterminée seulement quant à son genre ou bien sur une quantité indéterminée de choses fongibles. Mais il résulte de témoignages multiples et positifs que la formule d'une *condictio incerti* ne contenait pas les mots " *ex fide bona* „; elle était conçue d'une manière absolue (*quidquid paret* N^m N^m A^o A^o *dare facere oportere*); GAIUS, IV, 41, 131 et 136. La *condictio incerti* était donc une action de droit strict et non une action de bonne foi comme elle devrait l'être dans le système combattu ici. Si, par suite de l'indétermination de son objet, le juge avait nécessairement un certain pouvoir d'appréciation, il n'en était pas moins tenu d'exercer ce pouvoir d'une façon rigoureuse. Il est vrai que nous lisons dans CICÉRON, *pro Roscio com.* 4 " Aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae.. „. Mais l'orateur a pu avoir exclusivement en vue les *condictiones certi* et les actions de bonne foi; il est très probable que les *condictiones incerti* furent créées après les *condictiones certi*, rien ne prouve qu'elles fussent déjà connues à l'époque de Cicéron.

D'après SAVIGNY (*System* V, § 219 et *Beilage* XIV, n°s III à XVIII et XIX initio, cf n°s XIX i. f., XX à XLVII), les actions de droit strict tiendraient lieu d'une revendication perdue. Mais l'application de cette idée aux divers cas particuliers rencontre les plus grandes difficultés; il suffira de citer la stipulation. VANGEROW, 1, § 139, *Anm.*, n° II, 3 i. f.

(2) I. 4, 6, *de action*, § 28 et 29 initio. Si, au § 28 cité, Justinien représente l'action *praescriptis verbis* comme étant de bonne foi lorsqu'elle résulte de l'échange ou du contrat estimatoire, ce ne sont là que des exemples; arg. D. 19, 3, *de aestimat.*, L. 1 pr. i. f., et D. 39, 6, *de mort. causa donat.*, L. 42 pr., v^{is} bonae fidei autem judicio constituto. En ce sens SAVIGNY, *System* V,

1° le contrat verbal de stipulation[3], le prêt de consommation[4] et les pactes légitimes[5], surtout la donation[6] et la constitution de dot[7],

2° le quasi-contrat qui oblige à restituer une chose détenue sans cause[8],

3° les délits, du moins au point de vue des actions civiles qu'ils produisent[9],

et 4° la loi, lorsqu'elle crée une obligation sans y attacher une action spéciale, de manière qu'il y a lieu à une *condictio ex lege*[10].

Beilage XIII, n° XII, note f, VANGEROW, T. I, § 139, *Anm.*, n° II, 2, T. III, § 599, *Anm.*, n° III i. f., et MAYNZ, II, § 243, n° I i. f. Contra PUCHTA, *Instit.* I, § 165, note *kkk*. — GAIUS, IV, 62, et CICÉRON, *de offic.* III, 17, ajoutent à l'énumération l'ancienne *actio fiduciae*. — L'*actio emphyteuticaria* est aussi incontestablement de bonne foi (SAVIGNY, *System* V, *Beilage* XIII, n° XII i. f.), de même que l'*actio de pecunia constituta*; arg. D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 1 pr.; voyez SCHILLING, III, § 338, note g. — (3) Cf. T. IV, § 394, 2°. — (4) Cf. T. IV, § 440 initio.

(5) Arg. D. 13, 2, *de cond. ex lege*, L. un. — (6) Cf. T. IV, § 409, 3°.

(7) Cf. T. V, § 544, 2°. — (8) Cf. T. IV, § 480-481.

(9) Les obligations naissant des délits sont essentiellement unilatérales. L'action Aquilienne était une *condictio* (cf. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 9 § 1; en ce sens RUDORFF, *zu* PUCHTA's *Instit.* I, § 165, note *w*) ou du moins une action stricte; SAVIGNY, *System* V, *Beilage* XIII, n° VIII, *Beilage* XIV, n° XX, p. 569. L'*actio furti nec manifesti*, sans être une *condictio*, puisqu'elle avait pour objet un *damnum decidere oportere* et non un *dare oportere* (GAIUS, IV, 37 et 45) était aussi stricte; sa formule ne contenait pas les mots *ex fide bona*; GAIUS, loc. cit. L'*actio de tigno juncto* (D 47, 3, *de tigno juncto*), l'*actio arborum furtim caesarum* (D. 47, 7, *arb. furt. caes.*) et l'*actio injuriarum ex lege Cornelia* (I. 4, 4, *de injur.*, § 8) étaient encore des actions strictes, tout en n'appartenant probablement pas à la classe des *condictiones*. Les actions civiles naissant de délits étaient donc des actions strictes dans le sens matériel et on les appréciait rigoureusement, alors même qu'elles n'étaient peut-être pas considérées formellement comme *actiones stricti juris*, car leur *intentio* ne portait ni sur un *dare oportere* ni sur un *dare facere oportere*. Cf. SAVIGNY, *System* V, *Beilage* XIII, n° VIII, *Beilage* XIV, n° XX, p. 567-572, PUCHTA, *Instit.* I, § 165, note *bb*, et VANGEROW, I, § 139, *Anm.*, n° II, 3 i. f.

(10) D. 13, 2, *de cond. ex lege*, L. un. Cf. SAVIGNY, *System* IV, *Beilage* XIV, n°s XII à XIV.

A proprement parler, la division des actions en actions de bonne foi et actions de droit strict ne concerne que les actions personnelles qui, naissant de conventions ou de quasi-contrats, se poursuivaient par une formule *in jus concepta*. Sont donc exclues de la division :

1° les actions personnelles naissant de délits, de quasi-délits ou de la loi.

2° celles qui naissent de conventions ou de quasi-contrats, mais qui se poursuivaient par une *cognitio extraordinaria*, ou bien

3° par une formule *in factum concepta*, c'est-à-dire les actions honoraires. SAVIGNY, *System* V, § 218-220 (surtout § 218 i. f.) et *Beilagen* XIII et XIV. — PUCHTA, *Instit.* I, § 165, surtout la note *bb*. — VANGEROW, I, § 139, *Anm.*, n° II, 1 à 4.

Mais en fait toutes ces actions, sauf les actions civiles résultant de délits et

§ 332. IMPORTANCE DE LA DIVISION.

1° Étant donnée une convention de bonne foi, ses termes doivent s'interpréter selon la volonté des parties et non d'une manière littérale ; ils doivent même céder devant la volonté contraire des parties, si cette volonté est dûment établie[1]. Dans les conventions de droit strict, on se tient rigoureusement aux termes plutôt qu'à la volonté des parties, voire même au sens littéral des termes plutôt qu'à leur signification rationnelle[2]. La convention de garantie du chef d'éviction, lorsqu'elle est faite dans la forme de la stipulation, ne s'applique pas à l'éviction partielle de la chose, si l'éviction partielle n'a pas été prévue d'une manière spéciale dans la stipulation[3]. Il ne peut pas non plus être question de sous-entendre une clause d'usage dans une convention de droit strict[4].

2° Les pactes accessoires ajoutés à un contrat de bonne foi donnent lieu à l'action naissant de ce contrat ; ils sont censés faire une partie intégrante du contrat principal[5]. Les pactes accessoires ajoutés à un contract de droit strict ne sont pas garantis par l'action résultant de ce contrat ; on les considère comme des conventions distinctes ; n'ayant pas de force civile par eux-mêmes, ils sont dépourvus d'action[6]. Ainsi encore, lorsque l'une des parties a été trompée ou a subi une violence morale à l'occasion d'un contrat de bonne foi, il lui est loisible d'agir par l'action du contrat, soit en rescision du contrat, soit en dommages et intérêts[7]. Étant donné un contrat de droit strict, il faut recourir à d'autres voies de droit[8].

3° Dans les obligations de bonne foi, les fruits sont dus par le seul effet de l'obligation[9] et les intérêts à partir de la

les *condictiones ex lege* (nos 3 et 4 du présent paragraphe), sont des actions libres ; on y suit les règles de la bonne foi ; SAVIGNY, *System* V, § 218 i. f. — VANGEROW, I, § 139, *Anm.*, n° II, 4. Les obligations auxquelles se rapportent ces actions, sont régies par l'équité ; il y a donc lieu de les ranger parmi les obligations de bonne foi.

Les obligations naturelles sont aussi de bonne foi, bien que la division des actions de bonne foi et des actions de droit strict leur soit étrangère ; leur fondement, le droit des gens ou l'équité, ne laisse aucun doute à cet égard.

(1) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 219 ; D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 31 § 20.

(2) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 99 pr. — (3) D. 21, 2, *de evict.*, L. 56 § 2.

(4) Arg. D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 31 § 20.

(5) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 5 initio.

(6) Arg. L. 7 § 5 initio cit. Cf. T. IV, § 467, I.

(7) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 5, et arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 116 pr.

(8) Cf. T. III, § 376, II, et § 377, II. — (9) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38 § 8 et 15.

demeure[10]. Dans les obligations de droit strict, c'est seulement la *litis contestatio* qui donne droit aux fruits et aux intérêts[11].

4° Dans les obligations de bonne foi, l'estimation des dommages et intérêts se fait eu égard à l'époque du jugement, tandis que, dans les obligations de droit strict, on considère le moment de la *litis contestatio*[12].

5° Lorsqu'une obligation est payable à un lieu convenu, cette circonstance n'empêche pas le créancier de poursuivre le débiteur, devant le juge de son domicile, par l'action naissant de l'obligation, si celle-ci est de bonne foi[13]. Si elle est de droit strict, il faut recourir à l'action *de eo quod certo loco dari oportet*[14].

Section VI. — **Des obligations solidaires.**

I. 3, 16, *de duobus reis stipulandi et promittendi.*
D. 45, 2, *de duobus reis constituendis.*
C. 8, 39 (40), *de duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi.*

Blondeau, *Esquisse d'un traité sur les obligations solidaires*, Paris, 1819.

Ribbentrop, *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, Goettingue, 1831.

Helmolt, *Die Correal-Obligationen*, Giessen, 1857.

Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, Paris, 1858.

Fitting, *Die Natur der Correalobligationen*, Erlangen, 1859.

Samhaber, *Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht*, Erlangen, 1861.

Siebenhaar, *Correalobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem Rechte*, p. 1-134, Leipzig, 1868.

Czyhlarz, *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart* III, p. 59-139, Vienne, 1876.

Landucci, *Le obligazioni in solido secondo il diritto romano*, libro I, Vérone-Padoue, 1880.

Waldner, *Die korreale Solidarität*, Vienne, 1885.

Ascoli, *Sulle obligazioni solidali*, Rome, 1890. *Studi e documenti di storia e diritto*, Rome, 1890.

(10) D. *eod.*, L. 1 pr., L. 32 § 2. Cf T. III, § 303.

(11) D. *eod.*, L. 38 § 7; D. 39, 5, *de donat.*, L. 22. Cf. T. III, § 288, notes 37 et 39a.

(12) D. 13, 6, *commod.*, L. 3 § 2; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 22; D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 4, cf. L. 3; voyez T III, § 298 et note 33. Même en cas de demeure du débiteur, l'époque de la *litis contestatio* reste décisive pour les obligations de droit strict, mais non pour les obligations de bonne foi; voyez T. III, § 303, I, 2°, et II.

(13) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 7 pr.

(14) D. *eod.*, L. 1. Cf. T. III, § 289, III.

BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1899.

§ 333. NOTION ET CONDITIONS DE LA SOLIDARITE.

Il y a solidarité ou corréalité lorsque, dans une seule et même obligation, plusieurs sont débiteurs ou créanciers chacun pour le tout(1). La solidarité peut exister du côté des débiteurs ou du côté des créanciers; dans le premier cas, nos sources parlent de *correi vel duo rei promittendi* et, dans le second, de *correi vel duo rei stipulandi*(2); de leur côté, les auteurs modernes distinguent une solidarité active et une solidarité passive. Le caractère essentiel de l'obligation solidaire consiste dans l'unité de l'obligation, malgré la pluralité des débiteurs ou des créanciers(3); chacun est débiteur ou créancier pour le tout, chacun doit toute la dette ou bien a droit à la totalité de la créance(4). C'est une exception au droit commun. En principe, lorsque plusieurs interviennent, activement ou passivement, dans une obligation, celle-ci se divise; chacun n'est débiteur ou créancier que pour partie; il se forme plusieurs obligations propres et indépendantes, qui comprennent chacune un débiteur unique et un créancier unique. Si A et B promettent ensemble une somme de 1000, en général chacun est débiteur de 500 seulement(5); chacun est censé n'avoir qu'un intérêt de 500 dans le rapport obligatoire et d'ailleurs, dans le doute, on interprète les contrats en faveur du débiteur. La solidarité déroge à cette règle. Nonobstant l'intervention de plusieurs débiteurs ou de plusieurs créanciers, la solidarité maintient l'obligation entière sur la tête de chacun, de telle sorte qu'une seule et même dette est due pour le tout par plusieurs ou à plusieurs. C'est pourquoi la solidarité exige les conditions suivantes :

(1) Cf. I. *h. t.*, pr.

(2) du moins si la solidarité a été créée par la forme de la stipulation. I. *h. t.*, et C. *h. t.*, rubriques. Assez souvent aussi les codébiteurs ou créanciers solidaires sont appelés *correi* ou *duo rei* tout court (D. *h. t.*, rubrique, L. 3 § 1, L. 6 § 1 et 3, L. 8, L. 9 § 1, L. 12 pr.) ou bien *duo rei ejusdem debiti vel pecuniae*, etc.; D. 30, *de leg. 1°*, L. 82 § 5; D. 31, *de leg. 2°*, L. 13 pr.; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 21 § 4. On rencontre encore les expressions de *duo rei debendi vel credendi*; D. 4, 8, *de recept.*, L. 34 pr.

(3) D. 2, 14, *de pact.*, L. 9 pr., v^is^ unum debitum est; D. *h. t.*, L. 3 § 1, v^is^ cum una sit obligatio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 116, v^is^ duo rei.. ejusdem obligationis. Cf. I. *h. t.*, § 1, v^is^ in utraque tamen obligatione una res vertitur; ce dernier passage veut dire que l'obligation de l'un des débiteurs ou créanciers solidaires est la même que celle de l'autre. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 1158 initio, DEMANGEAT, cité, p. 399-400, VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 1, n° I, MAYNZ, II, § 186, note 5, et WINDSCHEID, II, § 293 et note 1. — (4) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 2, L. 3 § 1.

(5) D. *h. t.*, L. 11 § 1-2; D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 15 § 1 i. f.

I. Chacun doit être débiteur ou créancier de la même chose. Pas de solidarité si plusieurs sont débiteurs ou créanciers de choses différentes; cette pluralité de choses entraîne nécessairement une pluralité de dettes; or la solidarité suppose une obligation unique(6). A et B ne sont pas codébiteurs solidaires si l'un promet 1000 et l'autre aussi 1000, sans ajouter que ce sont les mêmes 1000, ou bien si l'un promet 10 ou Stichus, et l'autre les mêmes 10 sans Stichus(7), ou bien encore si l'un répond de sa faute et l'autre de son dol seulement(8). Mais rien n'empêche les débiteurs ou créanciers de promettre ou de stipuler sous des modalités différentes; l'un peut contracter purement et simplement, l'autre sous condition ou à terme(9); on peut convenir de lieux différents pour le payement(10); ces modalités ont un caractère accessoire et partant ne donnent pas lieu à des obligations distinctes. Il est encore moins nécessaire que les débiteurs ou créanciers promettent ou stipulent simultanément(11).

II. La solidarité ne doit être admise que moyennant une cause spéciale; cette cause peut être une convention, une disposition de dernière volonté, un jugement ou bien la loi. La solidarité constitue une exception au droit commun et les exceptions ne se présument point(12).

A) La convention relative à la solidarité peut être expresse ou tacite(13). En ce qui concerne la forme de la convention, il suffit d'un simple pacte lorsque le contrat principal est de bonne foi; en vendant une chose à deux personnes, on peut convenir, par un pacte accessoire ajouté au contrat de vente, que les deux acheteurs seront tenus solidairement de payer le prix(14). Si le contrat principal est de droit strict, il faut recourir à la stipulation; celle-ci est indispensable dans le prêt de consommation pour obliger solidairement deux emprunteurs à la restitution du prêt(15). En fait,

(6) D. *h. t.*, L. 3 § 1, v^is^ cum una sit obligatio, una et summa est, L. 9 § 1, v^is^ verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio.

(7) Arg. D. *h. t.*, L. 15, v^is^ Idem ait..... debeantur. Si A paye Stichus, B ne sera point libéré. Si A ou B paye les 10, la dette de l'autre ne s'éteindra pas de plein droit, mais seulement par voie d'exception; arg. L. 15 cit. i. f. Cf. Pothier, *Pand. Justin.* 45, 2, n° 11.

(8) D. *h. t.*, L. 9 § 1, v^is^ Sed si..... obligatio, cf. v^is^ Non idem ..... Si l'un des débiteurs paye, l'autre ne sera libéré que par voie d'exception; voyez la note précédente. Voyez encore le D. *h. t.*, L. 15 initio, et Pothier, *Pand. Justin.* 45, 2, n° 11. — (9) I. *h. t.*, § 2; D. *h. t.*, L. 7. — (10) D. *h. t.*, L. 9 § 2.

(11) Arg. I. 3, 20, *de fidej.*, § 3. La stipulation proprement dite ne faisait pas exception; cf. note 19 du présent paragraphe.

(12) D. *h. t.*, L. 11 § 1-2; D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 15 § 1 i. f.

(13) Arg. D. 30, *de leg. 1°*, L. 8 § 1. — (14) D. *h. t.*, L. 9 pr.

(15) Cf. C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 5 pr., L. 9, L. 12. Cette règle s'applique au *mutuum*; Ribbentrop, cité, § 17, note 13. Contra Savigny, cité, I, § 17, p. 155-157.

les Romains n'employaient guère que la stipulation, même à l'occasion des contrats de bonne foi[16]. Cette forme de contracter se prêtait facilement à l'établissement tacite de la solidarité. On admettait une solidarité tacite entre codébiteurs par cela seul que le créancier ayant demandé successivement à chacun d'eux s'il promettait telle ou telle chose (la même), les divers débiteurs répondaient, *après* l'achèvement de toutes les questions, qu'ils le promettaient (*Maevi, spondesne mihi centum dare? Sei, spondesne mihi eadem centum dare? — Spondeo. — Spondeo*)[17]. De même il y avait solidarité tacite entre créanciers lorsque tous ayant interrogé le débiteur sur la prestation d'une chose (la même), le débiteur répondait affirmativement (*Spondesne mihi centum dare? — Spondesne mihi eadem centum dare? — Utrique vestrum dare spondeo*)[18]. Toutes les questions étant ainsi réunies en un seul faisceau, et les réponses l'étant également s'il y avait plusieurs promettants, l'ensemble ne formait qu'un seul tout; les parties manifestaient l'intention de créer une seule et même dette due pour le tout par plusieurs ou à plusieurs, c'est-à-dire une obligation solidaire. Par contre, si chaque question était suivie d'une réponse, il se formait autant d'obligations distinctes qu'il y avait eu de questions, ce qui était incompatible avec la solidarité[19].

B) La solidarité peut encore résulter d'une disposition de dernière volonté, en ce qui concerne l'obligation d'acquitter les legs. Le testateur peut obliger solidairement plusieurs personnes au payement d'un legs[20] ou bien léguer solidairement une chose à plusieurs[21], d'une manière expresse ou tacite. Si un testament porte : mon héritier A *et* mon héritier B payeront 1000 à X, chaque héritier

(16) Arg. I. et C. *h. t.*, rubriques. — (17) I. *h. t.*, pr. i. f. — (18) Pr. cit. initio

(19) Pr. cit., v^is^ nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spon- « deat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse.. ». Puisqu'il y avait plusieurs dettes, le payement de l'une n'éteignait pas l'autre de plein droit; mais en général l'autre s'éteignait par voie d'exception, conformément à l'intention des parties; DEMANGEAT, cité, p. 409-411.

L'établissement de la solidarité par stipulation pouvait encore se faire autrement que de la manière indiquée, c'est-à-dire par des stipulations séparées (arg. D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 7 § 1, D. *h. t.*, L. 3 pr., L. 9 § 2), expressément ou tacitement; arg. Nov. 99, c. 1 pr. initio. En effet, la stipulation subséquente par laquelle quelqu'un se portait fidéjusseur (I. 3, 20, *de fidej.*, § 3), produisait une solidarité légale entre le débiteur principal et le fidéjusseur. Or, si la loi peut créer après coup une solidarité accessoire, la convention des parties doit pouvoir créer après coup une solidarité principale; voyez encore T. IV, § 517, 3° i. f. En ce sens RIBBENTROP, cité, § 17, p. 113-116, VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 2, n° 1, et WINDSCHEID, II, § 297 et note 3. Contra DEMANGEAT, cité, p. 102-109. Cf. SAVIGNY, cité, 1, § 17, p. 146-147.

(20) D. 30, *de leg. 1°*, L. 8 § 1. — (21) D. 31, *de leg. 2°*, L. 16.

est seulement tenu pour sa part et portion[22]. Mais si le testateur dit : mon héritier A *ou* mon héritier B payera 1000 à X, A et B seront obligés solidairement; c'est le seul moyen d'attribuer de l'effet à la disposition testamentaire, notamment à l'emploi de la particule *ou*[23].

C) Un jugement crée la solidarité lorsqu'il condamne solidairement plusieurs personnes au payement des frais du procès[24].

D) La solidarité résulte dans certains cas de la loi. Il existe une solidarité légale passive :

1° entre les codélinquants, au point de vue de la réparation du dommage causé par le délit ou le quasi-délit[25]. Mais il n'y a pas de solidarité entre codélinquants en ce qui concerne l'obligation de payer la peine d'un délit privé; chacun des délinquants doit une peine distincte, quoique toutes les peines s'élèvent à une somme égale; chacun doit par exemple une autre somme de mille as que celle due par ses codélinquants; or la solidarité suppose que tous doivent la même chose. Aussi le créancier a-t-il droit autant de fois au payement de la peine qu'il y a de débiteurs[26]. Par contre, chacun des coupables doit les mêmes dommages et intérêts, les

(22) D. 30, *de leg. 1°*, L. 86 § 3; D. 31, *de leg. 2°*, L. 33 pr.

(23) D 30, *de leg. 1°*, L. 8 § 1; D. 32, *de leg. 3°*, L. 25 pr. Cf. D. *h. t.*, L. 9 pr. i. f., où il faut certainement lire : Titius *aut* (et non *et*) Maevius Sempronio decem dato, comme le prouve le singulier *dato*. Cujas, *in lib.* XXVII. *Quaest. Papin.*, *ad* L. 9 *de duobus reis*, *Opera omnia* IV, col. 1596-1597, éd. de Prato. — Ribbentrop, cité, § 18 i. f. — Demangeat, cité, p. 155. Il paraît y avoir eu doute parmi les jurisconsultes romains sur le point de savoir si le legs fait '*Titio aut Maevio*' créait une solidarité active entre les légataires. Justinien décida peu heureusement qu'un pareil legs se diviserait; C. 6, 38, *de V. S.*, L. 4 pr., § 1*a*, 1*b*, 1*c* et § 3. Donc, pour qu'il y ait solidarité dans l'espèce, il faut une volonté spéciale du testateur d'établir la solidarité; par exemple il a fait le legs '*Titio aut Maevio, utri heres vellet*'; dans ce cas, les légataires deviennent créanciers solidaires du moment que l'héritier est en défaut de se prononcer pour l'un ou pour l'autre; D. 31, *de leg. 2°*, L. 16, cf. L. 24, L. 67 § 7. Voyez Ribbentrop, cité, § 18 i. f., et Demangeat, cité, p. 157 et 159.

(24) Cf. C. 7, 55, *si plures una sent. condemn. sunt*, L. 1 initio. *Quid* si, par suite d'une erreur, un jugement reconnaît une solidarité qui n'existe pas? Le principe de la vérité de la chose jugée veut qu'on admette ici, non pas une solidarité judiciaire, mais une solidarité conventionnelle, testamentaire ou légale conforme à la chose jugée. Contra Molitor, cité, II, n° 1165 i. f., et Windscheid, II, § 297, 3. Cf. Savigny, cité, I, § 17, e. Mais en principe les condamnations se divisent; la solidarité n'existe qu'en vertu d'une disposition spéciale; D. 49, 1, *de appell.*, L. 10 § 3; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 43; C. 7, 55, *si plures una sent. condemn. sunt*, L. 1, L. 2.

(25) D. 9, 1, *si quadr. paup.*, L. 1 § 14; D. 9, 3, *de his, qui effud.*, L. 1 § 10, L. 2-4; D. 9, 4, *de noxal. act.*, L. 5; D. 11, 6, *si mensor fals. mod. dix.*, L. 3 pr.; D. 27, 6, *quod falso tut.*, L 7 § 4, L. 8; D. 43, 16, *de vi*, L. 1 § 13; C. 4, 8, *de cond. furt.*, L. 1. — (26) D. 47, 2, *de furt.*, L. 21 § 9; C. 4, 8, *de cond. furt.*, L. 1.

mêmes mille as par exemple, mais solidairement; il n'y a qu'une seule obligation, qui s'éteint par un payement unique[27];

2° entre plusieurs personnes qui s'engagent en commun par une convention quelconque, au point de vue des dommages et intérêts dus à raison d'un dol commun[28] ou d'une faute commune. Cette solidarité légale s'applique aux comandataires[29], aux copreneurs[30], aux cocommodataires[31], aux codépositaires[32], ainsi qu'aux héritiers d'un preneur, commodataire ou dépositaire unique[33]. En principe, chacun de ces débiteurs est seulement tenu pour partie et ne peut être actionné que pour partie en exécution des obligations contractuelles[34]. Mais s'ils commettent une faute commune à l'occasion de leur obligation, ils sont tenus solidairement des dommages et intérêts, par analogie des codélinquants; en manquant à leur obligation, ils commettent un acte illicite, comme les délinquants en commettent un par leur délit[35];

3° entre cotuteurs[36], cocurateurs[37] et entre magistrats collègues[38], en ce qui concerne l'obligation de réparer le dommage causé par une faute commune, par suite de la même analogie des délits[39];

4° entre comandants. Les diverses obligations des mandants se ramènent à une obligation de réparer les pertes que l'exécution du mandat a causées au mandataire; cette obligation a sa source dans

(27) L. 1 cit. — (28) D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 17 pr. Cf. T. III, § 376, III, A, 1° i. f.

(29) D. 17, 2, *mand.*, L. 60 § 2 " Duobus quis mandavit negotiorum administra- " tionem : quaesitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur. " Respondi unumquemque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque " non amplius debito exigatur „. Ces derniers mots prouvent qu'il s'agit de dommages et intérêts. Voyez encore D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 15.

(30) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 15 " Si duobus vehiculum commodatum sit vel " locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, " utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur... Sed esse verius " ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare " debere : quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praesti- " terit, liberabit alterum... „. — (31) L. 5 § 15 cit.; D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 15.

(32) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 43; D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 15.

(33) D. 13, 6, *commod.*, L. 3 § 3, L. 17, § 2; D. 16, 3, *depos.*, L. 22.

(34) Arg. D. *eod.*, L. 1 § 36 et 44, L. 14 pr.

(35) Ribbentrop, cité, § 19, p. 121-149. — Savigny, cité, 1, § 20, B. — Schilling, III, § 321 i. f. — Vangerow, III, § 573, *Anm.* 2 i. f., n° 4. — Windscheid, II, § 298 et note 15. — Cf. Maynz, II, § 221, A, 4°, lequel admet seulement une indivisibilité de l'obligation des comandataires. Voyez T. III, § 337, note 41.

(36) D. 26, 7, *de admin. et peric. tut. et curat.*, L. 18 § 1, L. 33 pr. et § 1, L. 42; C. 5, 52, *de divid. tut.*, L. 2. — (37) L. 2 cit.

(38) D. 26, 7, *de admin. et peric. tut. et curat.*, L. 45.

(39) Savigny, cité, I, § 20, C. — Windscheid, II, § 298 et note 15. — Vangerow, III, § 573, *Anm.* 2, p. 69-70.

le contrat de mandat; de là la même solidarité légale que dans les deux cas précédents[40]. De plus, le mandant et le mandataire sont de plein droit tenus solidairement envers les tiers, toutes les fois qu'à raison des engagements du mandataire, les tiers ont contre le mandant les actions exercitoire[41], institoire[42], quasi-institoire[43], *Quod jussu*[44], *de peculio*[45] ou tributoire[46]. S'il y a plusieurs mandants, ils sont, encore en vertu de la loi, obligés solidairement aux actions exercitoire[47], institoire[48], quasi-institoire[49] ou *Quod jussu*[50];

5° entre le débiteur principal et sa caution, que le cautionnement soit une fidéjussion[51], un constitut de la dette d'autrui[52] ou bien un mandat en faveur d'un tiers[53], comme entre plusieurs personnes qui ont cautionné la même dette par la voie de la fidéjussion[54], du constitut[55] ou du mandat[56];

(40) D. 17, 1, *mand.*, L. 59 § 3 " Paulus respondit unum ex mandatoribus in " solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato : post condemna- " tionem autem in duorum personam collatam necessario ex causa judicati " singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere „.

Rien ne prouve que dans ce passage le mot *mandator* doive être restreint à celui qui donne un mandat en faveur d'un tiers. D'ailleurs plusieurs mandants sont tenus solidairement à l'égard des *tiers* avec lesquels le mandataire contracte et cette solidarité devait entraîner leur responsabilité solidaire envers le *mandataire*; SCHILLING, III, § 321 i. f. — WINDSCHEID, II, § 298 et note 16, § 410, 2. — MAYNZ, II, § 221 et note 19. — NAMUR, II, § 291, 3°. VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 2, p. 70, paraît restreindre la solidarité légale à ceux qui donnent un mandat dans l'intérêt d'un tiers. — (41) D. 14, 1; *de exerc. act.*, L. 1 § 17 et 24, L. 5 § 1.

(42) D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 1 initio, L. 5 § 2, 11 et 12.

(43) D. *eod.*, L. 19 pr.; C. 4, 25, *de exerc. et instit. act.*, L. 5.

(44) D. 15, 4, *quod jussu*, L. 1 pr. et § 1. — (45) D. 15, 1, *de peculio*, L. 44.

(46) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. potest.*, § 3. En ce qui concerne les actions *de peculio* et *tributoria*, la solidarité existe seulement entre le représentant et le principal jusqu'à concurrence de l'obligation de ce dernier. Voyez en faveur de cette solidarité légale SAVIGNY, cité, I, § 21, SAMHABER, cité, § 17, 5, VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 2, n° 3, p. 68, et WINDSCHEID, II, § 297, 4. Contra MAYNZ, II, § 223, Observ. 3. — (47) D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1 § 25, L. 2, L. 3 initio, L. 4 § 1.

(48) D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 13 § 2, L. 14 initio.

(49) Arg. D. 15, 4, *quod jussu*, L. 5 § 1 i. f. cbn. avec l'initium, et D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 19 pr. — (50) D. 15, 4, *quod jussu*, L. 5 § 1.

(51) Arg. I. 3, 20, *de fidej.*, § 4 initio.

(52) Arg. D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 16 pr.

(53) Arg. C. 8, 40 (41), *de fidej. et mand.*, L. 23. Il est probable que dans le principe la caution s'engageait à payer solidairement; mais il est certain qu'on finit par admettre qu'elle serait tenue solidairement sans une convention spéciale. Cf. RIBBENTROP, cité, § 17, p. 108-109.

(54) I. 3, 20, *de fidej.*, § 4 initio. — (55) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 16 pr.

(56) C. 8, 40 (41), *de fidej. et mand.*, L. 23. RIBBENTROP, cité, § 17, p. 108-109. Cf. MAYNZ, II, § 186, p. 70, § 263 et note 7.

6° entre covendeurs associés, au point de vue des actions édilitiennes[57];

7° lorsque l'obligation de constituer une servitude indivisible se résout en dommages et intérêts; ceux-ci sont dus solidairement par chaque débiteur[58].

Il existe aussi une solidarité légale, à la fois active et passive, entre banquiers associés, à raison des conventions conclues avec les tiers relativement à la banque, soit par tous les associés, soit par l'un ou quelques-uns d'entre eux[59].

§ 334. EFFETS DE LA SOLIDARITÉ.

L'obligation solidaire est une obligation unique due pour le tout par plusieurs ou à plusieurs[1]. De là dérivent tous ses effets.

I. Chaque débiteur peut être poursuivi pour le tout[2] et chaque créancier peut poursuivre pour le tout[3]. Le créancier qui, en poursuivant un premier débiteur, n'est pas parvenu à en obtenir un payement intégral, est admis à demander solidairement le surplus à un autre débiteur solidaire; tel est du moins le droit de Justinien[4], car, à l'époque classique, la novation résultant d'une première *litis contestatio* libérait les débiteurs non poursuivis[5]. Mais, si l'un des débiteurs ou créanciers décède en laissant plusieurs héritiers, l'obligation solidaire se divise entre les héritiers en proportion de leurs parts héréditaires respectives; il n'existe aucun motif de ne pas appliquer à l'obligation solidaire la règle sur le partage des créances et des dettes héréditaires[6]. Seulement le partage a pour objet la totalité de l'obligation, tandis que, s'il s'agit d'une obligation non solidaire, le partage porte sur une obligation déjà divisée. Primus et Secundus doivent 1000 as; Primus décède en laissant deux héritiers chacun pour moitié. Si la dette est solidaire, chacun des héritiers de Primus devra 500 as; à défaut de solidarité, chacun n'en devra que 250. D'ailleurs le débiteur solidaire dispose de toutes les exceptions qui ont pris naissance en la personne

(57) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 41 § 1. Cf. T. III, § 337, note 16 i. f.

(58) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 10. Cf. T. III, § 338, III, A, 2°.

(59) Cic., *Rhetor ad Herennium* II, 13 " Consuetudine jus est... id, quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis „; arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 25 pr. cbn. avec L. 21 § 5 (solidarité passive). — D. *eod.*, L. 9 pr. initio, L. 27 pr., vis tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit (solidarité active).

(1) Cf. le paragraphe précédent initio.

(2) I. *h. t.*, § 1 initio; D. *h. t.*, L. 3 § 1 initio; C. *h. t.*, L. 1 (2) pr.

(3) I. *h. t.*, § 1 initio; D. 31, *de leg. 2°*, L. 16. — (4) C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 28.

(5) Arg. L. 28 cit. — (6) C. 3, 36, *fam. ercisc.*, L. 6.

de son coobligé, pourvu qu'elles tiennent à la dette elle-même et non à la personne de ce dernier. Il peut donc exciper d'un dol[7] ou d'une violence exercée contre son coobligé, mais non d'un terme accordé à celui-ci[8], de l'incapacité ou du bénéfice de compétence du codébiteur. L'identité de la dette pour tous veut que chacun soit tenu de la même manière, à moins que l'exception n'ait un caractère personnel[9]. Le débiteur solidaire jouit en outre de deux bénéfices :

1° Dans la législation de Justinien[10], il peut mettre en cause ses codébiteurs, à l'effet de faire diviser la condamnation entre lui et eux, pourvu que les codébiteurs soient solvables[11] et que la dette ait été contractée dans l'intérêt commun[12]; chacun des débiteurs doit en avoir retiré un profit partiel, de telle façon que si un seul payait la totalité, il disposerait d'un recours contre les autres[13]. Le juge cite les autres débiteurs devant lui[14], vérifie leur solvabilité[15] et condamne ceux qui sont solvables à payer leur part et portion de la dette[16]. Le bénéfice dont il s'agit est donc un bénéfice de division combiné avec la mise en cause des codébiteurs[17]. A la rigueur, le débiteur actionné devrait payer le tout, sauf à exercer son recours pour partie contre ses coobligés. Grâce au bénéfice, il paye seulement la part qu'il doit supporter dans la dette[18] et évite un recours; tous les droits des intéressés sont réglés en un seul procès[19].

(7) Arg. D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 § 2.

(8) Voyez le paragraphe précédent n° I i. f.

(9) Cf. T. III, § 315, II initio et A. — (10) Nov. 99.

(11) Ils doivent de plus être présents au lieu de la poursuite; Nov. 99, c. 1 pr. initio et § 1 initio.

(12) ce qui implique une solidarité conventionnelle; Nov. 99, c. 1 pr. initio; il ne faut pas, dit Justinien, qu'une dette commune, κοινὸν χρέος, soit à la charge d'un seul. Lorsque plusieurs, n'ayant qu'un intérêt partiel, s'engagent solidairement, en fait ils sont leurs fidéjusseurs réciproques selon l'expression de Justinien; Nov. 99, rubrique et c. 1 pr. initio.

(13) Voyez le paragraphe suivant n° 1.

(14) Nov. 99, c. 1, § 1 initio, cf. § 2 initio.

(15) Nov. 99, c. 1, pr. initio et § 1 initio.

(16) Nov. 99, c. 1, pr. i. f. et § 1.

(17) Il se rapproche du bénéfice de division des cofidéjusseurs; T. III, § 315, II, B, 2°. Justinien (Nov. 99, praef. et § 1 i. f.) le représente comme un complément du bénéfice d'ordre du fidéjusseur. — (18) Cf. Nov. 99, c. 1, pr. i. f.

(19) Nov. 99, c. 1, pr. i. f. Voyez en ce sens Vangerow, III, § 573, *Anm.* 4, et Windscheid, II, § 293 et note 10. La portée de la Nov. 99 est très controversée. On a voulu étendre la Novelle à tous les débiteurs solidaires autres que les codélinquants (Mühlenbruch, II, § 492, n° II. — Molitor, cité, II, n°s 1170 et 1174. — Sintenis, II, § 89 et note 47. Voyez encore Dernburg, II, § 73 et note 3, et Girard, p. 741 et note 2) ou du moins à tous les cas de solidarité conventionnelle; Ribbentrop, cité, § 17, note 18. — Unterholzner, cité, I, § 176, n° I et note i. — Puchta, *Pand.*, § 235 et note o, *Vorles.* II, § 235 i. f. — Brinz, II,

2° Le débiteur solidaire actionné pour le tout dispose du bénéfice de cession d'actions. Il peut, comme condition du payement, exiger du créancier la cession des actions qui lui appartiennent à raison de la dette[20]. La cession doit être réclamée avant la consommation du payement; après que celui-ci a eu lieu, les actions du créancier sont éteintes et partant ne peuvent plus être cédées[21]. Mais pour que le débiteur solidaire jouisse du bénéfice de cession d'actions, il doit avoir un recours contre ses coobligés ou du moins ce recours ne doit pas lui être directement refusé. Dans le premier cas, la cession d'actions lui sera utile si le créancier a une hypothèque; son recours contre ses codébiteurs se trouvera ainsi garanti[22]. Dans le second cas, il se créera un recours par la cession des actions du créancier[23].

II. Si la prescription est interrompue vis-à-vis de l'un des débiteurs solidaires, notamment par la citation en justice ou par la reconnaissance de la dette, l'interruption nuit aux autres, et l'interruption de la part de l'un des créanciers solidaires profite aux autres[24]. En effet, par suite de la solidarité, l'interruption de la prescription entre l'un des débiteurs et l'un des créanciers solidaires porte sur l'obligation entière; celle-ci étant la même pour

§ 253 i. f. Par contre d'autres interprètes (Savigny, cité, I. § 26. — Demangeat, cité, p. 325-337. — Siebenhaar, cité, § 10. — Maynz, II, § 186, note 19 i. f., § 263 et notes 30-31) restreignent la Nov. 99 au cas spécial où les débiteurs solidaires se sont cautionnés réciproquement. On a voulu trouver un rapport juridique de la dernière espèce dans le D. *h. t.*, L. 11 pr. " Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit.. „; mais les *rei promittendi* dont il s'agit ici sont des débiteurs non solidaires (arg. D. *h. t.*, L. 1); ils sont distincts des *duo rei promittendi* dont il est question à la fin de la loi 11 pr. La Nov. 99, c. 1 pr. initio, prévoit le cas de deux débiteurs non solidaires qui se cautionnent réciproquement. Si l'un d'eux est actionné pour moitié comme débiteur principal et pour moitié comme caution, il dispose en la dernière qualité du bénéfice de discussion.

(20) D. 19, 2, *loc.*, L. 47 i. f.; D. 21, 2, *de evict.*, L. 65, v^is^ Nec remedio..... proponerentur; D. 27, 3, *de tut. et ration. distr.*, L. 1 § 13, 14 et 18; C. 4, 65, *de loc.*, L. 13 § 1 cbn. avec le pr.

(21) C. 8, 40 (41), *de fidej. et mand.*, L. 11, L. 14 § 1-2. Toutefois, indépendamment d'une cession faite lors du payement, le tuteur peut agir contre ses cotuteurs par des actions utiles *quasi ex jure cesso**; D. 27, 3, *de tut. et ration. distr.*, L. 1 § 13. Cf. T. III, § 348, II, 2°.

(22) D. 21, 2, *de evict.*, L. 65, v^is^ Nec remedio..... proponerentur; C. 4, 65, *de loc.*, L. 13 § 1.

(23) Cf. Vangerow, III, § 573, *Anm.* 3, p. 74-78, Maynz, II, § 186 i. f., et Windscheid, II, § 294 i. f. Contra Savigny, cité, I, § 23-25, et Demangeat, cité, p. 225-267.

Nous reviendrons sur ce point à l'occasion du recours entre codébiteurs solidaires, au paragraphe suivant et note 15. — (24) C. *h. t.*, L. 4 (5).

les autres débiteurs ou créanciers, l'interruption doit aussi valoir à leur égard. Lorsque l'obligation solidaire s'est divisée entre plusieurs héritiers de l'un des débiteurs ou de l'un des créanciers, l'interruption opérera encore vis-à-vis de tous les intéressés dans le cas où elle a lieu entre l'un des débiteurs solidaires survivants et le créancier commun ou bien entre l'un des créanciers encore en vie et le débiteur commun. Mais si elle est intervenue entre l'un des héritiers d'un débiteur solidaire et le créancier commun, ou bien entre l'un des héritiers d'un créancier solidaire et le débiteur commun, elle n'opérera en aucune façon vis-à-vis des autres héritiers, qui se trouvent placés dans un rapport obligatoire distinct, et elle aura seulement de l'effet vis-à-vis des autres débiteurs ou créanciers solidaires pour la partie commune de l'obligation. — Par contre, si la prescription est suspendue vis-à-vis de l'un des créanciers solidaires, elle n'en court pas moins contre les autres; la suspension de la prescription vis-à-vis d'un créancier constitue un avantage personnel (25).

III. Dans le cas d'inexécution de l'obligation solidaire par la faute de l'un des débiteurs, il est évident que ce dernier doit les dommages et intérêts solidairement et sans restriction (26). Les codébiteurs non coupables les doivent aussi solidairement; ils ne peuvent se prétendre libérés sur le fondement d'une perte accidentelle à leur point de vue; la faute commise par leur coobligé ne saurait être pour eux une cause de libération. Par cela seul que plusieurs s'engagent à payer la même dette comme débiteurs solidaires principaux, ils s'engagent à la payer pour le cas où la chose due viendrait à périr par la faute de l'un d'eux (27). Mais ils ne doivent les dommages et intérêts que jusqu'à concurrence de l'estimation de la dette (28), la faute d'autrui ne peut aggraver leur condition (29); elle a seulement pour conséquence forcée la transformation de la dette primitive en une dette pécuniaire équivalente (30). — Pour des motifs identiques, si l'un des débiteurs

(25) *Non obstat* D. 8, 6, *quemadm. servit. amitt.*, L. 10 pr. En ce sens Savigny, cité, I, § 19, n° 12 i. f., et Demangeat, cité, p. 424.

(26) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173 § 2.

(27) Si, dans le cas où la chose due périt par la faute du fidéjusseur, le débiteur principal est libéré (§ 315, I i. f.), c'est parce que la fidéjussion crée une obligation accessoire; on ne peut pas dire que le débiteur qui donne une caution, s'engage à payer malgré la faute de la caution.

(28) Arg. D. 22, 1, *de usur.*, L. 32 § 4.

(29) A la vérité, lorsque la chose due périt par la faute d'un débiteur principal, le fidéjusseur est pleinement tenu des dommages et intérêts (§ 315, I i. f), mais c'est l'application de la règle que l'accessoire suit le principal.

(30) En ce qui concerne les textes, on peut invoquer l'analogie de la demeure;

solidaires est mis en demeure, il répond absolument de son retard

si l'un des débiteurs solidaires est constitué en demeure, lui seul doit les intérêts moratoires; D. 22, 1, *de usur.*, L. 32 § 4; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173 § 2.

On oppose le D. *h. t.*, L. 18, POMPONIUS, " Ex duobus reis ejusdem Stichi " promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet „.

" Lorsque deux personnes sont devenues débitrices solidaires du même Stichus, " le fait de l'une nuit aussi à l'autre „.

Dans cette loi Pomponius pose un principe qui nous serait certainement contraire s'il fallait l'accepter d'une manière absolue. Mais il faut renoncer à cette application absolue; il est certain que, dans le cas de demeure de l'un des débiteurs solidaires, lui seul doit les intérêts moratoires (D. 22, 1, *de usur.*, L. 32 § 4; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173 § 2); à ce point de vue, son fait ne nuit qu'à lui-même. Dès lors il est constant que le principe de la loi 18 n'est pas absolu. La loi s'applique au cas où une peine a été stipulée pour l'inexécution de l'obligation solidaire; cf. n° III i. f. du présent paragraphe. Elle est encore vraie en ce sens que si la chose due périt accidentellement après la demeure de l'un des débiteurs solidaires, mais de telle façon que, sans la demeure, la perte ne serait pas survenue ou bien que le créancier eût vendu la chose avant sa perte, les autres débiteurs devront payer la valeur de la chose, tandis qu'ils auraient été libérés sans la demeure; cf. n° III i. f. du présent paragraphe. De plus lorsque, à défaut d'une clause pénale et d'une demeure, la chose périt par la faute de l'un des débiteurs solidaires, l'estimation est due par les codébiteurs; or il peut être plus onéreux pour eux de payer cette estimation que la chose due elle-même. A ces divers points de vue, le fait de l'un des débiteurs solidaires nuit aux autres. Mais il ne leur nuit pas en ce sens qu'ils devraient payer des dommages et intérêts proprement dits ou des intérêts moratoires. Des auteurs qui, à tort selon nous (T. III, § 296, note 11), sont d'avis que le débiteur en vertu d'un contrat verbal de stipulation répond seulement de la faute *in faciendo* et non de la faute *in non faciendo*, veulent concilier la loi 18 avec les décisions relatives à la demeure, en appliquant la loi 18 à la première faute et les décisions sur la demeure à la seconde. Mais le mot *factum* dont se sert Pomponius dans la loi 18 comprend les faits positifs et les faits négatifs.

Voyez en ce sens CUJAS, *Comment. in lib.* XXVII. *Quaest. Papin.*, *ad* L. 9 § 1 *de duobus reis*, *Opera omnia* IV, col. 1600-1601, éd. de Prato, et POTHIER, *Pand. Justin.* 46, 3, n° 114.

D'après d'autres auteurs, les dommages et intérêts sont dus sans restriction par les débiteurs solidaires non coupables; RIBBENTROP, cité, § 5, p. 27-34, SAVIGNY, cité, I, § 18, A, MOLITOR, cité, II, n° 1176, MOMMSEN, *Beiträge* III, § 29, 3, DEMANGEAT, cité, p. 374-378, SAMHABER, cité, § 12, n° 7, VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 1, n° I initio, et MAYNZ, II, § 186, p. 72-73. Cf. MÜHLENBRUCH, II, § 492, n° II i. f.

D'autres encore admettent la libération complète de ces débiteurs; WOLFF, *Mora*, § 12, p. 191-199. — GIRTANNER, *Bürgschaft* II, § 20, p. 402-409. — FRITZ, *Zeitschrift f. Zivilr. u. Prozess. Neue Folge* XIX (1862), p. 80-86. — BARON, *Die Gesammtrechtsverhältnisse*, p. 285 et ss., Marbourg, 1864. — WINDSCHEID, II, § 295 et note 13.

FITTING, cité, p. 78-81 et p. 241, note 260, estime que la loi 18 citée portait originairement *alterius factum alteri* NON (au lieu de QUOQUE) *nocet* et qu'elle a été interpolée à cause du C. *h. t.*, L. 5; dans la compilation de Justinien elle signifierait, conformément à la dernière loi, que l'interruption de la prescription vis-à-vis de l'un des débiteurs solidaires opère à l'égard des autres.

coupable[31], il est tenu des intérêts moratoires. Ses codébiteurs sont obligés comme auparavant[32], ils ne doivent pas payer des intérêts moratoires[33]. Mais ils doivent payer l'estimation de la chose qui périt accidentellement chez le débiteur en demeure, si elle n'eût pas péri chez le créancier ou bien si celui-ci l'eût vendue avant la perte. Dans l'espèce, le créancier est privé de la chose due ou du prix de vente de cette chose par la faute du débiteur en demeure; or chaque débiteur solidaire principal est censé s'engager à payer la dette même pour le cas où le créancier serait privé des avantages de sa créance par la faute d'un coobligé[34]. — Si une peine a été stipulée pour le cas d'inexécution de l'obligation et que l'un des débiteurs vienne à y manquer, la peine est due sans restriction par tous les débiteurs, y compris ceux auxquels on ne peut reprocher aucune faute. Chaque débiteur a promis la peine entière pour le cas d'inexécution de l'obligation, donc aussi pour le cas où cette inexécution serait imputable à un coobligé[35].

IV. L'extinction de l'obligation solidaire pour l'un des débiteurs ou pour l'un des créanciers profite à tous les autres débiteurs ou nuit à tous les autres créanciers. C'est encore une conséquence de l'unité du rapport obligatoire; l'obligation étant la même pour tous, du moment qu'elle est éteinte pour l'un des débiteurs ou créanciers, elle doit l'être pour tous. Cette règle suppose que la dette elle-même se soit éteinte d'une manière objective. Elle n'est pas applicable aux modes d'extinction personnels à l'un des débiteurs ou à l'un des créanciers; de pareils modes d'extinction ne peuvent produire qu'une libération personnelle. En définitive, il faudra se demander dans chaque cas particulier si l'extinction a un caractère réel ou un caractère personnel.

1° Le payement de la dette de la part de l'un des débiteurs solidaires ou bien entre les mains de l'un des créanciers solidaires a de l'effet à l'égard de tous les débiteurs ou créanciers; il y a évidem-

(31) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173 § 2. — (32) D. 22, 1, *de usur.*, L. 32 § 4.

(33) Arg. L. 32 cit. § 4 cbn. avec § 2. En ce sens Molitor, cité, II, n° 1177. Cf. Mühlenbruch, II, § 492, n° II i. f.

(34) En ce sens Molitor, cité, II, n° 1177. Cf. Mühlenbruch, II, § 492, n° II i. f. Toutefois les débiteurs qui n'ont pas été constitués en demeure, ne doivent pas les dommages et intérêts qui excèdent l'estimation de la chose due, tandis que le débiteur en demeure les doit d'une façon absolue; T. III, § 303, I, 1° initio.

(35) Arg. D. *h. t.*, L. 18; cf. note 28 du présent paragraphe. Pour que la règle énoncée soit applicable, il n'est pas nécessaire, comme le pense Mühlenbruch, II, § 492, n° II i. f. (cf. Molitor, cité, II, n° 1176), que les codébiteurs solidaires soient associés. Le D. 4, 8, *de recept.*, L. 34 pr., cité par Mühlenbruch, suppose un compromis conclu par le créancier avec un seul des débiteurs solidaires; cf. note 44 i. f. du présent paragraphe.

ment extinction objective de la dette[36]. Il faut en dire autant de la dation en payement[37] et de la consignation de la chose due[38].

2° L'acceptilation faite à l'un des débiteurs ou par l'un des créanciers solidaires a le même effet, car elle repose sur l'idée d'un payement fictif[39]. — Lorsque, par une simple convention libératoire, la dette est remise à l'un des débiteurs solidaires, il y a lieu de distinguer. Si les autres débiteurs jouissent d'un recours contre celui à qui la remise a été accordée, eux aussi sont admis à se prévaloir de la convention libératoire, sinon celle-ci ne profiterait pas même au débiteur libéré; il serait soumis à un recours de la part de ses coobligés, après que ceux-ci auraient dû payer le créancier; l'intérêt même du débiteur libéré commande d'étendre à tous le bénéfice de la remise[40]. Cependant rien n'empêche le créancier d'accorder une libération purement personnelle; il peut réserver ses droits contre les autres débiteurs. Alors on doit entendre la remise en ce sens que le créancier remet seulement d'une manière absolue au débiteur la part que ce dernier doit supporter dans la dette solidaire; il conserve le droit de poursuivre solidairement les coobligés, déduction faite de cette part. Si on permettait au créancier d'actionner sans restriction les coobligés, ceux-ci exerceraient leurs recours contre le débiteur libéré, lequel ne profiterait pas de la remise. Moyennant la déduction indiquée, les coobligés qui payent le surplus, n'auront pas de recours contre le débiteur libéré, puisqu'ils n'auront pas payé sa part[41]. Mais si les autres débiteurs ne disposent d'aucun recours contre celui à qui la remise a été consentie, on se tient à la règle d'après laquelle les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; il n'existe aucun motif de

(36) I. *h. t.*, § 1 i. f. cbn. avec l'initium; I. 3, 29, *quib. mod. oblig. toll.*, pr. i. f.

(37) Arg. pr. i. f. cit. cbn. avec l'initium. — (38) Cf. D. 17, 1, *mand.*, L 56 § 1.

(39) D. *h. t.*, L. 2 i. f. cbn. avec l'initium; D. 46, 4, *de accept.*, L. 13 § 12, L. 16.

(40) La remise consentie au débiteur principal profitera à son fidéjusseur: D. 2, 14, *de pact.*, L. 21 § 5, L. 32 initio. Exception: L. 32 cit. i. f. Voyez encore D. *eod.*, L. 25 pr.

(41) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 22, L. 25 § 1 cbn. avec le pr. En ce sens Bülow, *Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts* II, n° 19, Brunswick, 1818. Cf. Demangeat, cité, p. 235-237, 301-303 et 425. Contra Vangerow, III, § 573, *Anm.* 5, n° II, 2, a, et l'opinion commune. Si on ne suit pas les mêmes règles dans le cas d'une remise pure et simple, c'est que celle-ci porte sur la totalité de la dette; on ne peut y voir une remise de la seule part que le débiteur libéré doit supporter dans la dette.

Quid si le créancier remet la dette au débiteur principal, en réservant son droit contre le fidéjusseur? Ici la réserve peut seulement signifier une chose, c'est que le créancier conservera pleinement son action contre le fidéjusseur; D. 2, 14, *de pact.*, L. 22.

s'en écarter[42]. — Pour la même raison, la convention libératoire intervenue entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires ne peut pas en principe être opposée aux autres créanciers[43]. Mais si le créancier qui a accordé la remise, jouit d'un recours contre ses cocréanciers, il doit céder son action récursoire au débiteur libéré ou bien lui tenir compte du produit de son recours ; il est soumis de ce chef à une action *in factum*. La convention libératoire ne permet pas au créancier qui l'a consentie, de retirer encore un avantage de la dette[44].

3° La compensation régulièrement *opposée* par l'un des débiteurs solidaires ou à l'un des créanciers solidaires profite aux autres débiteurs ou nuit aux autres créanciers. La compensation opposée implique l'idée d'un payement réciproque ; elle équivaut à un payement de la dette solidaire et doit avoir le même résultat. Si le créancier à qui l'un des débiteurs solidaires a opposé la compensation, poursuit plus tard un autre débiteur, celui-ci invoquera,

(42) La remise consentie à un fidéjusseur ne profitera donc pas au débiteur principal ; D. 2, 14, *de pact.*, L. 23. Il y a exception quand le débiteur libéré a aussi stipulé pour ses codébiteurs ; D. *eod.*, L. 25 § 2, L. 26. Voyez encore D. *eod.*, L. 24. Cf. Windscheid, II, § 295, note 4.

(43) D. *eod.*, L. 21 § 5 initio, L. 27 pr. ; arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 93 pr. *Non obstat* D. 4, 8, *de recept.*, L. 34 pr. ; cf. la note suivante i. f. En ce sens Savigny, cité, I, § 18, B, 6, p. 173-176, Demangeat, cité, p. 303-306, et Vangerow, III, § 573, *Anm* 5, n° II, 2, b. Contra Windscheid, II, § 295, note 4. Comme, dans ce cas, le débiteur acquiert une créance réciproque contre le créancier qui l'a libéré, il peut l'opposer en compensation à l'autre créancier, conformément à la règle énoncée au n° IV, 3° i. f., du présent paragraphe.

(44) Arg. D. 4, 8, *de recept.*, L. 34 pr. Les règles relatives à la remise conventionnelle d'une dette solidaire s'appliquent en général au legs de libération, à la transaction et au compromis. — Le legs de libération fait à l'un des débiteurs solidaires profite aux autres débiteurs s'ils jouissent d'un recours contre le premier ; D. 34, 4, *de liber. leg.*, L. 3 § 4, cf. § 3. Mais fait par l'un des créanciers solidaires, il ne peut être opposé aux autres ; le légataire de libération profite seulement du recours de l'héritier contre le créancier payé. — La transaction revêtue de la forme de l'acceptilation a des effets absolus. Dans le cas d'un simple pacte, elle ne profite aux autres débiteurs que s'ils ont un recours contre le débiteur libéré par la transaction (D. 2, 15, *de transact.*, L. 7 § 1 ; D. 46, 1, *de fidej.*, L 68 § 2), et elle ne nuit pas aux autres créanciers ; mais le créancier qui l'a consentie et qui a un recours contre le créancier payé, doit abandonner au débiteur le profit résultant de ce recours ; cf. T. IV, § 462, II, 2°. — Le compromis profite seulement aux autres débiteurs jouissant d'un recours contre le débiteur victorieux en vertu de la sentence arbitrale, et il ne nuit pas aux autres créanciers, sauf que le créancier qui a conclu le compromis avec le débiteur doit, s'il a un recours, en abandonner l'émolument et payer la peine convenue pour le cas d'inexécution de la sentence arbitrale, car cette peine est censée stipulée même pour le cas où l'inexécution serait due au fait d'un cocréancier ; D. 4, 8, *de recept.*, L. 34 pr. Cf. T. IV, § 463, II, B, et Savigny, cité, I, § 19, n° 11.

non pas la compensation au nom d'autrui, mais l'extinction de la dette solidaire. Il en sera de même lorsque le débiteur, après avoir compensé vis-à-vis de l'un des créanciers solidaires, est poursuivi par un autre créancier(45). Mais si le créancier actionne d'abord un débiteur solidaire qui n'a pas de créance réciproque contre lui, ce débiteur peut-il compenser avec une créance de son codébiteur contre le créancier commun? Il faut distinguer s'il a ou non un recours contre le codébiteur. Dans le premier cas, il est admis à compenser pour sa part récursoire. La règle vaut d'abord pour la caution; celle-ci peut opposer d'une manière générale la compensation au nom du débiteur principal, car elle jouit de toutes les exceptions de ce dernier(46). Par voie d'analogie, étant donnés deux débiteurs solidaires principaux, celui d'entre eux qui est poursuivi par le créancier, peut opposer la créance de son obligé jusqu'à concurrence de son recours contre lui(46a). Dans le second cas, la compensation est exclue, car en principe on ne peut compenser avec la créance d'un tiers(47). De même le débiteur poursuivi par l'un des créanciers solidaires est admis à compenser avec une créance réciproque contre un autre créancier solidaire, dans les limites du recours auquel le demandeur est soumis de la part de cet autre créancier; dans ces limites, le demandeur agit en définitive dans l'intérêt de ce dernier, puisqu'il est tenu de lui restituer le montant du recours; il est juste qu'il subisse la compensation en son lieu et place(48). A défaut du recours susdit, on applique la règle qui exclut la compensation avec des créances contre des tierces personnes(49).

4° La novation de la dette solidaire éteint celle-ci vis-à-vis de tous les débiteurs ou créanciers solidaires, qu'elle ait été conclue par le débiteur commun avec l'un des créanciers, ou par le créan-

(45) Arg. D. 20, 4, *qui potiores*, L. 4. — (46) D. 16, 2, *de compens.*, L. 4-5.

(46a) D. *h. t.*, L. 10 " Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, " quod stipulator alteri reo pecuniam debet „. Il est difficile de ne pas attacher de l'importance à l'argument *a contrario* que fournit cette loi. Voyez encore D. 16, 2, *de compens.*, L. 9 § 1.

En ce sens Savigny, cité, I, § 18, B, 4, Dernburg, *Compensation*, § 54, p. 461-463, Vangerow, III, § 573, *Anm.* 5, n° I, 1, Maynz, II, § 291 i. f., et Windscheid, II, § 350 et note 19. Cf. Demangeat, cité, p. 277-280. — (47) D. *h. t.*, L. 10.

(48) On peut en outre invoquer l'analogie de la solidarité passive. Voyez encore D. 16, 2, *de compens.*, L. 9 pr. " Si cum filio familias aut servo contracta " sit societas et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, " quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur „.

En ce sens Unterholzner, cité, I, § 257 et note m, Dernburg, *Compensation*, § 54, p. 463-464, Maynz, II, § 291, note 23 i. f, et Windscheid, II, § 350 et note 20.

Contra Krug, *Compensation*, § 63, p. 163, Savigny, cité, I, § 18, B, 4, Demangeat, cité, p. 283-284, Desjardins, *Compensation*, n° 25, p. 98, et Vangerow, III, § 573, *Anm.* 5, n° I, 1 i. f. — (49) Arg. D. *h. t.*, L. 10.

cier commun avec l'un des débiteurs, ou par le créancier ou l'un des créanciers avec un tiers, ou bien encore entre un nouveau débiteur et un nouveau créancier, pourvu que le créancier unique ou le créancier solidaire qui a fait la novation ait voulu renoncer à la créance. La novation substituant une dette nouvelle à la dette ancienne anéantit celle-ci d'une manière objective(50). Les parties qui font

(50) 1° D. 46, 2, *de novat.*, L. 31 § 1, VENULEIUS, " Si duo rei stipulandi sint, an " alter jus novandi habeat, quaeritur et quid juris unusquisque sibi adquisierit. " Fere autem convenit et uni recte solvi et unum judicium petentem totam rem " in litem deducere, item unius acceptilatione peremi utrisque obligationem : " ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipula- " tus esset, excepto eo quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis " est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, " novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo " magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin " quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque " ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum jusserit doti promittere viro, vel " nuptura ipsi doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur „.

On ne peut guère être plus positif que ne l'est Venuleius dans ce passage; l'un des créanciers solidaires, en faisant une novation avec le débiteur commun, libère celui-ci vis-à-vis du cocréancier; il faut seulement que les parties aient eu la volonté de nover (cum id specialiter agit); C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 8. Les deux cas prévus par Venuleius à partir des mots " aut mulier „ sont les suivants :

Premier cas. Primus et Prima étaient créanciers solidaires de Tertius, qui leur devait un fonds de terre. Prima conclut avec Tertius une novation par laquelle Tertius s'engage à donner ce fonds en dot à Quartus, mari de Prima. Tertius sera libéré de son ancienne dette envers Prima et Primus.

Second cas. Primus et Prima sont encore créanciers solidaires d'un fonds dû par Tertius. Prima se fiance à ce dernier et en même temps conclut avec lui une novation par laquelle Tertius sera libéré de son ancienne dette et recevra le fonds en dot pour le restituer à la fin du mariage. Il sera encore libéré de son ancienne dette vis-à-vis de Prima et de Primus.

2° D. 16, 1, *ad sctum Vell.*, L. 20, AFRICAIN, " Si pro uno reo intercessit mulier, " adversus utrumque restituitur actio creditori „.

Celui qui, ayant deux débiteurs solidaires, a accepté en leur remplacement une femme comme débitrice, a besoin d'être restitué contre les deux coobligés. Donc la novation conclue par le créancier avec la femme les avait libérés.

3° Pour la libération des cautions voyez le D. 46, 1, *de fidej.*, L. 60 i. f., et le C. 8, 40 (41), *eod.*, L. 4.

Par contre, au D. 2, 14, *de pact.*, L. 27 pr., Paul paraît ne pas admettre que l'un des créanciers solidaires puisse nover au préjudice de son cocréancier " Si unus " ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? " Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere : tantum " enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo : nam nec novare " alium posse, quamvis ei recte solvatur : sic enim et his, qui in nostra potestate " sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. " Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est „.

Dans ce passage, Paul s'occupe principalement d'une simple convention libératoire *in rem* ou *in personum* consentie par l'un des créanciers solidaires.

la novation, ne peuvent pas même convenir que les codébiteurs de l'ancienne dette seront tenus de la nouvelle; cette convention n'empêche pas la novation de libérer les coobligés et elle ne peut leur être opposée, puisqu'ils n'y sont pas intervenus[51]. Mais on peut faire la novation sous la condition que les coobligés accéderont à la nouvelle dette; dans ce cas, s'ils n'accèdent pas, la condition ajoutée à la novation sera défaillie; la novation sera réputée non avenue et l'ancienne dette n'aura jamais été éteinte[52]. Comme dans le droit classique la *litis contestatio* impliquait une novation nécessaire[53], elle avait le même effet que la novation conventionnelle[53a]; mais le nouveau droit romain ne connaît plus cette novation[54].

5° Lorsque la dette solidaire s'éteint par confusion entre l'un des débiteurs et le créancier commun, — nous supposerons que le créancier est devenu l'héritier d'un débiteur — il faut, pour déterminer l'effet de cette extinction vis-à-vis des autres débiteurs, distinguer si le débiteur auquel le créancier a succédé, était soumis ou non à un recours de la part de ses coobligés. Dans le premier cas, le débiteur attaqué par le créancier est seulement tenu de le payer déduction faite du montant du recours auquel le créancier serait soumis, en sa qualité de débiteur, s'il recevait un payement inté-

Deux banquiers associés avaient stipulé d'un tiers et étaient devenus de plein droit ses créanciers solidaires; puis l'un d'eux lui avait remis la dette. Paul décide que le débiteur reste tenu envers l'autre banquier (nec si in rem pactus sit, alteri nocere... Quod est verum) et il en est de même dans le cas d'une solidarité active résultant d'une stipulation (Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est); car il a seulement été décidé par constitution impériale que chacun des banquiers peut réclamer le payement solidaire et non qu'il a le droit de remettre la dette au préjudice de son coassocié.

Mais ne pourrait-on pas déduire le second droit du premier? Non, dit Labéon. Voici un autre créancier (alium), un enfant sous puissance qui a prêté de l'argent pour compte de son père de famille; il a qualité pour recevoir le payement et il ne peut pas même nover; à fortiori ne peut-il remettre la dette, ce qui ne lui donne pas une nouvelle créance à la place de l'ancienne.

Ainsi entendue, notre texte ne s'occupe aucunement d'une novation faite par un seul des créanciers solidaires; il ne vise qu'une novation d'une dette non solidaire; son but est de déterminer les effets d'une remise de dette consentie par un seul des créanciers solidaires.

Cf. Savigny, cité, I, § 18, B, 6, p. 173-176, Demangeat, cité, p. 303-311, Vangerow, III, § 573, *Anm.* 5, n° I, 2, et Maynz, II, § 294, note 5.

(51) C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 4, et arg. de cette loi.

(52) Cf. D. 46, 2, *de novat.*, L. 14 pr. initio. Mais le constitut n'implique pas novation; cf. T. III, § 355 et note 2. — (53) Gaius, III, 180.

(53a) Gaius, III, 180-181, IV, 106-107; C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 28.

(54) L. 28 cit. On l'on contesté pour la solidarité active, mais sans motif concluant. Savigny, cité, I, § 19, note f. — Sintenis, II, § 89 et note 53. — Maynz, II, § 186, note 16 i. f. — Contra Molitor, cité, II, n° 1179, A i. f., Demangeat, cité, p. 83-84, Vangerow, III, § 573, *Anm.* 5, n° I i. f., et Windscheid, II, § 296 et note 1.

gral; si le créancier recevait la totalité de la dette, il devrait, après avoir reçu d'une main le montant du recours susdit, le restituer immédiatement de l'autre; il y a lieu de compenser dans les limites du recours(55). Par contre, dans le second cas, le débiteur solidaire actionné par le créancier doit payer la dette entière; la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de créancier n'éteint la dette que pour autant qu'il en résulte une impossibilité de payer; or, dans l'espèce, un payement est possible entre les débiteurs solidaires survivants et le créancier devenu l'héritier du débiteur décédé(56). — De même, lorsque la dette solidaire s'éteint par confusion entre l'un des créanciers et le débiteur commun, — supposons que ce dernier soit devenu l'héritier de l'un des créanciers, — les autres créanciers n'ont plus action contre le débiteur commun que déduction faite du montant du recours auquel ils sont soumis de la part du débiteur en sa qualité de cocréancier solidaire(57).

6° La prescription de la dette solidaire profite à tous les débiteurs ou nuit à tous les créanciers; elle affecte l'obligation elle-même, sauf ce qui a été dit de la suspension de la prescription(58).

7° Le jugement d'absolution rendu en faveur de l'un des débiteurs solidaires(59) ou contre l'un des créanciers solidaires(60), ainsi que la prestation du serment décisoire de la part de l'un de ces débiteurs(61) ou vis-à-vis de l'un de ces créanciers(62) profite à tous les débiteurs ou nuit à tous les créanciers, à moins que le jugement ou le serment n'ait porté seulement sur le point de savoir si un tel était débiteur ou créancier et non sur la dette elle-même(63). Par leur nature, ces modes d'extinction de l'obligation n'ont aucun caractère personnel; ils équivalent au payement(64).

(55) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 71 pr., surtout la fin du passage, v^is^ cum altero autem reo... in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. L'action du créancier tombe complètement si, comme débiteur, il est passible d'un recours pour le tout; tel est le cas où le créancier est devenu l'héritier du débiteur principal; la caution est libérée envers lui; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 21 § 3 initio, L. 71 pr., v^is^ Et quidem si unus debitor fuisset..... mandator esse, v^is^ sed et accessiones ex ejus persona..... remaneant, et v^is^ Plane quia is..... conveniri.

(56) D. *eod.*, L. 21 § 3, v^is^ Quod si idem stipulator....., L. 71 pr., v^is^ Igitur « alterum reum ejusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fidejussorem vel « mandatorem ejus... Cum altero autem reo... in solidum, si non fuerit societas,... « posse creditorem agere, et v^is^ Quod si creditor fidejussori heres fuerit vel fide- « jussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum ».

(57) Arg. D. *eod.*, L. 71 pr. — (58) n° II i. f. du présent paragraphe.

(59) D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 42 § 3 i. f. Cf. D. 44, 1, *de except.*, L. 7 § 1 initio.

(60) Arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 42 § 3 i. f.

(61) D. *eod.*, L. 28 § 3 et § 1, v^is^ A fidejussore....., cf. L. 28 § 1 initio, L. 42 pr. et § 3. — (62) D. *eod.*, L. 28 pr. — (63) D. *eod.*, L. 28 § 1 i. f., et L. 42 pr.

(64) D. *eod.*, L. 27, L. 28 § 1. On ne peut en dire autant du jugement de con-

8° Le cas fortuit libère tous les débiteurs solidaires ou vis-à-vis de tous les créanciers solidaires; il n'a rien de personnel(65).

9° Mais lorsque l'un des débiteurs solidaires se fait restituer en entier contre la dette, par exemple pour cause de minorité, ses coobligés demeurent tenus; la restitution en entier constitue une libération personnelle(66).

10° De même, au point de vue de l'ancien droit romain, lorsque l'un des débiteurs solidaires était libéré par une petite diminution de tête(67) telle qu'une adrogation(68) ou une émancipation(69), ses codébiteurs restaient obligés. Il s'agit évidemment ici d'une libération personnelle(70). Mais déjà le droit prétorien avait enlevé sa valeur pratique à cette extinction de l'obligation, en accordant la restitution en entier au créancier du *capite deminutus*(71).

§ 334a. DE LA RENONCIATION A LA SOLIDARITÉ.

Le créancier peut renoncer à la solidarité; Primus, Secundus et Tertius doivent solidairement 3000 as; le créancier peut renoncer à la solidarité avec cet effet que chacun d'eux ne lui devra plus que 1000 as(1). La renonciation dont il s'agit est bien distincte de la remise de la dette; elle transforme seulement une obligation solidaire en une obligation non solidaire; la dette subsiste, mais comme dette non solidaire. La renonciation à la solidarité peut être expresse ou tacite(2); mais, comme toute autre renonciation, elle ne se présume pas(3) et doit être strictement interprétée. De là les conséquences suivantes :

damnation rendu et du serment décisoire prêté contre l'un des débiteurs solidaires ou par l'un des créanciers solidaires; le payement de la dette doit encore avoir lieu; arg. C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 28.

(65) Pour le cas de faute ou de demeure de l'un des débiteurs solidaires, voyez le n° III du présent paragraphe.

(66) D. 4, 4, *de minor.*, L. 48 pr. " Minor se in id, quod fidejussit vel mandavit, " in integrum restituendo reum principalem non liberat „ et arg. de ce texte. Il n'y a pas lieu de se demander si le débiteur restitué est ou non soumis à un recours de la part de ses codébiteurs; car la restitution en entier peut être obtenue par le mineur même contre ce recours (arg. D. *eod.*, L. 13 pr.); le mineur n'est donc pas exposé à un recours de ses coobligés. Pour la restitution en entier obtenue par un débiteur principal, cf. T. III, § 315, II initio et A, 2°.

(67) Gaius, IV, 38; arg. D. 4, 5, *de cap. min.*, L. 2 pr. et § 1.

(68) Gaius, III, 84, IV, 38.

(69) Arg. Gaius, IV, 38 initio, et D. 4, 5, *de cap. min.*, L. 2 pr. et § 1, L. 8, L. 9.

(70) D. *h. t.*, L. 19.

(71) Gaius, III, 84 i. f., IV, 38 i. f. Si l'un des débiteurs solidaires subit une grande ou une moyenne diminution de tête, sa dette passe à celui qui recueille son patrimoine, généralement au fisc; cf. D. *h. t.*, L. 19 i. f., et D. 4, 5, *de cap. min.*, L. 2 pr., L. 7 § 2-3.

(1) C. 2, 3, *de pact.*, L. 18. — (2) Arg. L. 18 cit.

(3) Arg. D. 30, *de leg. 1°*, L. 8 § 1 i. f. cbn. avec l'initium.

1° Le seul fait de recevoir ou de réclamer de l'un des débiteurs solidaires une part virile de la dette ne peut être considéré comme une renonciation à la solidarité ; le créancier peut avoir voulu recevoir ou réclamer cette part à titre d'acompte[1]. Il faut que le créancier ait déclaré qu'il recevait ou réclamait le payement divisé ' pour la part du débiteur dans la dette '.

2° Le créancier qui renonce à la solidarité pour les intérêts, la conserve pour le capital et, s'il y renonce seulement pour les intérêts échus, il la conserve pour le capital et pour les intérêts à échoir.

3° La remise de la solidarité à l'un des débiteurs la laisse subsister à l'égard des autres. Dans l'exemple donné ci-dessus, la remise de la solidarité de Primus a cet effet que Primus devra seulement 1000 as, mais Secundus et Tertius resteront débiteurs solidaires de 3000 as, dont 1000 as à payer par Primus ; si Primus a obtenu la remise de la solidarité à l'occasion d'un payement de 1000 as, lui sera libéré, tandis que Secundus et Tertius resteront débiteurs solidaires de 2000 as. Par dérogation à la règle, si Primus obtient la remise de la solidarité sans avoir payé et que Secundus et Tertius aient un recours éventuel de 1000 as contre lui, le créancier ne peut plus les poursuivre qu'en payement de 2000 as, sinon Primus subirait leur recours, ce qui serait contraire à la remise de la solidarité qui lui a été faite ; pour qu'il en retire tous les avantages, le créancier qui poursuit Secundus ou Tertius, doit déduire la part de Primus dans la dette solidaire.

§ 335. DU RECOURS AUQUEL DONNE LIEU LE PAYEMENT D'UNE DETTE SOLIDAIRE.

1° Le débiteur solidaire qui paye le créancier, a un recours contre ses codébiteurs toutes les fois que la dette leur a profité et dans la mesure du profit qu'ils en ont retiré. Rien de plus naturel que ce principe ; en ce qui concerne les rapports des codébiteurs solidaires entre eux, chacun est en réalité débiteur du profit que la dette commune lui a procuré[1]. Il résulte de là que tantôt le recours existera, tantôt il n'existera pas et, dans le cas où il existe, son montant sera variable. Si une dette de 1000, contractée solidairement par A et par B, a profité pour 500 à chacun d'eux, celui qui payera la dette entière, aura un recours de 500 contre l'autre. Mais si la même dette a profité pour 700 à A et pour 300 à B,

(1) L. 8 § 1 i. f. cit. ; cf. D. *h. t.*, L. 11 pr. i. f. cbn. avec l'initium.

(1) C. *h. t.*, L. 1 (2) pr. " Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint " duo rei promittendi ejusdem pecuniae, a quo velit. § 1 Et ideo si probaveris te " conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae juvare te adversus eum, " *cum quo communiter muluam pecuniam accepisti*, non cunctabitur ".

A payant le tout aura seulement un recours de 300 contre B, tandis que B payant le tout jouira d'un recours de 700 contre A. Si la dette a profité exclusivement à A, il faut lui refuser tout recours et accorder un recours intégral à B. Le plus souvent ce sera à cause de l'existence d'une société entre les codébiteurs solidaires que la dette aura profité à tous; chacun en aura retiré un avantage proportionné à sa part sociale; par exemple les associés ont emprunté de l'argent en vue de la société[2]. Mais le profit commun se rencontrera encore dans d'autres circonstances[3]. Sans être associés, A et B peuvent avoir emprunté une somme de 1000 pour compte commun et l'avoir partagée entre eux d'une manière égale ou inégale. En supposant que A se soit obligé solidairement avec B, à la suite d'un mandat, uniquement pour déterminer le créancier à faire le prêt et sans en avoir retiré aucun avantage personnel, il pourra, après le payement de la dette, exercer un recours pour le tout contre B, tandis qu'il sera à l'abri d'un recours de B[4]. Il y a ici une intercession cumulative, où l'intercédant apparaît comme débiteur solidaire principal vis-à-vis du créancier, mais son intercession lui assure un recours intégral contre son coobligé. — A côté de la communauté de profit retiré de la dette solidaire, il y a une autre communauté qui crée un recours entre codébiteurs solidaires, c'est la communauté de faute des codébiteurs; si leur faute commune a donné lieu à la dette solidaire, il est juste qu'ils supportent celle-ci d'une manière égale. Deux tuteurs ou curateurs gèrent mal la même affaire; celui qui paye le tout dispose d'un recours contre l'autre pour moitié[5]. Mais le recours est exclu

(2) Arg. D 2, 14, *de pact*, L. 25 pr. (cbn. avec L. 21 § 5), D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 3 § 3 i. f., et D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 62 pr. " In lege Falcidia hoc esse ser- " vandum Julianus ait, ut, si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, si " quidem socii sint in ea re, dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli " partem pecuniae stipulati essent vel promisissent : quod si societas inter eos " nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id quod debe- " tur vel ex cujus bonis detrahi ". En ce qui concerne le calcul de la quarte Falcidie, si la succession renferme une dette due solidairement par le *de cujus* et une autre personne, il faudra, si ces derniers étaient associés, comprendre la dette dans le passif héréditaire en proportion de la part sociale du *de cujus*; c'est la preuve que l'obligation solidaire incombe à chaque associé eu égard à sa part sociale. A défaut d'un rapport de société (et d'autres causes de recours) entre les codébiteurs solidaires, celui qui aura dû payer le créancier, supportera tout le poids de la dette; on ne sait pas dans l'espèce si la dette sera supportée par l'héritier ou par son codébiteur; c'est pourquoi notre loi décide qu'il y a lieu de négliger provisoirement la dette héréditaire dont il s'agit.

(3) C. *h. t.*, L. 1 (2); C. 4, 65, *de loc.*, L. 13.

(4) Cf. D. 14, 6, *de scto Maced.*, L. 7 § 1.

(5) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 29 (30); D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1 § 13; C. 5, 44, *de in lit. dando tut*, L. 4; C. 5, 58, *de contr. jud.*, L. 2. — D. 9, 3, *de his, qui effud*, L. 4.

si l'obligation solidaire est due à un dol commun, par exemple deux personnes commettent ensemble un délit, deux tuteurs ou curateurs se rendent coupables d'un dol commun dans la gestion de la tutelle ou de la curatelle ; la loi ne reconnaît pas une communauté de dol[6]. — Le recours résultera encore parfois d'un rapport obligatoire spécial qui se sera formé entre codébiteurs, surtout d'un mandat ou d'une gestion d'affaires[7]. — Enfin le bénéfice de cession d'actions crée un recours entre cofidéjusseurs[8]. — Si l'un des débiteurs soumis au recours est insolvable, sa part contributoire se répartit entre tous les autres, lorsqu'il existe un rapport de société entre les codébiteurs ; conformément au contrat social, cette perte, comme toute autre résultant de la gestion des affaires communes, doit être supportée par les coassociés en proportion de leurs parts respectives dans les pertes[9]. Mais, à défaut d'un contrat de société, l'insolvabilité retombe exclusivement sur le débiteur qui a payé le créancier ; aucun motif juridique n'oblige ses coobligés à intervenir dans cette perte. — En ce qui concerne les actions par lesquelles s'exerce le recours, ce sont avant tout celles qui naissent des rapports obligatoires existant entre parties, comme l'action *pro socio*[10], l'action *communi dividundo*[11], l'action *familiae erciscundae*[12], l'action contraire de mandat ou de gestion d'affaires[13]. Le débiteur solidaire qui a usé du bénéfice de cession d'actions, pour se créer un recours ou pour le garantir, peut exercer les actions du créancier dont il a obtenu la cession, par exemple l'*actio mutui* ou l'action hypothécaire[14]. Dans tous les cas, il y aura lieu à une action *in factum*[15].

(6) D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1 § 14 " nec enim ulla societas maleficiorum " vel communicatio justa damni ex maleficio est „ ; D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 29 (30 i. f.). — (7) L. 29 (30) cit. ; voyez aussi T. III, § 316, 2°.

(8) § 316, 2°, cit. Mais le bénéfice de cession d'actions ne peut servir à procurer un recours contrairement aux règles exposées ci-dessus. *Non obstat* D. 21, 2, *de evict.*, L. 65 ; si, dans le cas particulier de cette loi, les débiteurs s'étaient engagés solidairement, ils auraient eu un recours à cause d'une communauté de profit ; cf. T. III, § 388, note 34. Le D. 19, 2, *loc.*, L. 47, le C. 4, 65, *de loc.*, L. 13, et le D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1 § 13, se rapportent aussi à des cas où le recours existait indépendamment du bénéfice de cession d'actions.

Cf. Vangerow, III, § 573, *Anm.* 3, p. 74-78, Maynz, II, § 186 i. f., et Windscheid, II, § 294 i. f. Contra Savigny, cité, I, § 23-25, et Demangeat, cité, p. 225-267.

(9) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 67 pr. ; cf. T. IV, § 447, I, 3° i. f. Même le débiteur que le créancier a déchargé de la solidarité doit intervenir pour sa part et portion dans l'insolvabilité ; le contrat de société le veut ainsi.

(10) D. 9, 3, *de his, qui effud.*, L. 1 § 10, L. 2-4 ; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 14 initio.

(11) L. 14 initio cit. — (12) Cf. D. 21, 2, *de evict.*, L. 65.

(13) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 29 (30).

(14) Cf. C. 4, 65, *de loc.*, L. 13 § 1, et T. III, § 348 et note 16.

(15) D. 9, 3, *de his, qui effud.*, L. 1 § 10, L. 2-4. Pothier, *Pand. Justin.* 9, 3, n° 7,

2° De même, lorsque l'un des créanciers solidaires a reçu le payement intégral de la dette, il est soumis à un recours de la part de ses cocréanciers si, d'après les circonstances, la créance devait leur profiter et dans la mesure du profit qu'ils devaient en retirer. Tandis que, entre codébiteurs solidaires, c'est le profit que chacun d'eux a retiré de la dette, qui est en principe décisif, entre cocréanciers c'est le profit que la créance devait procurer à chacun. A et B prêtent 1000 avec stipulation de solidarité active. Si chacun a contribué au prêt pour 500, celui qui recevra le payement des 1000, devra restituer 500 à l'autre; chacun ayant avancé 500, le payement doit profiter à chacun pour 500. Si A a contribué au prêt pour 700 et B pour 300, le recours de A contre B sera de 700, celui de B contre A de 300 seulement. Si tous les fonds prêtés appartenaient à A, il aura un recours de 1000 contre B, et celui-ci n'en aura point contre A. Ici également le recours aura surtout lieu dans le cas de société(16), bien qu'il puisse se produire en dehors de ce cas. Il s'exercera par les actions qui naissent des rapports obligatoires existant entre parties : action *pro socio*, action *communi dividundo*, action *familiae erciscundae*, action directe de mandat ou de gestion d'affaires; subsidiairement il y aura lieu à une action *in factum*.

note *e*. On ne peut accorder d'une façon générale l'action contraire de gestion d'affaires, car le payement de la dette entière de la part de l'un des débiteurs solidaires constitue la gestion d'une affaire personnelle. Cf. POTHIER, *Pand. Justin.* 27, 3, n° 17, note *e*.

Cette théorie sur le recours entre codébiteurs solidaires est adoptée, dans ses éléments principaux, par la presque unanimité des interprètes du droit romain. Voyez MOLITOR, cité, II, n°s 1171-1174, VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 3, MAYNZ, II, § 186 i. f., et WINDSCHEID, II, § 294. Cependant on a soutenu (SAVIGNY, cité, I, § 23-25. — DEMANGEAT, cité, p. 225-267 et 428-433) que le débiteur solidaire qui payait la dette entière, jouit d'un recours général contre ses coobligés. On se fonde sur ce qu'il disposerait d'une manière générale du bénéfice de cession d'actions (arg. D. 21, 2, *de evict.*, L. 65, D. 19, 2, *loc.*, L. 47, C. 4, 65, *de loc.*, L. 13, et D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1 § 13) et sur la prétendue règle que quiconque a droit à une cession d'actions, peut, même s'il n'a pas usé de ce droit, recourir à des actions utiles *quasi ex jure cesso**; L. 1 § 13 cit. Mais le bénéfice de cession d'actions ne peut servir à procurer un recours en dehors des cas spéciaux de recours indiqués ci-dessus; voyez la note 8 du présent paragraphe. D'autre part, si un codébiteur solidaire qui jouit du bénéfice précité, n'en use pas, il ne peut recourir à des actions utiles; cf. T. III, § 348, note 17 initio. Le D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 62 pr., prouve qu'il n'existe pas de recours général entre codébiteurs solidaires (note 2 du présent paragraphe). Il est aussi certain que le recours est en principe exclu entre cofidéjusseurs.

(16) Arg. D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 62 pr. Cette loi, s'occupant du calcul de la Falcidie, ordonne de procéder pour les créances héréditaires dues solidairement au *de cujus* et à un tiers comme pour les dettes héréditaires dues solidairement par le *de cujus* et par un tiers; cf. note 2 du présent paragraphe.

§ 336. DE LA PRÉTENDUE DISTINCTION DE LA SOLIDARITÉ ET DE LA CORRÉALITÉ.

I. D'après une théorie qui a été soutenue pour la première fois au commencement du XIXe siècle, mais qui de nos jours est dominante, la notion de la solidarité affecterait deux formes différentes. Le droit romain connaîtrait une obligation solidaire corréale, appelée encore obligation corréale, et une obligation solidaire simple ou sans corréalité; Savigny nomme cette dernière une obligation corréale impropre (unächt). L'obligation corréale se caractériserait par l'unité du lien obligatoire, tandis que dans l'obligation solidaire simple il y aurait une pluralité de dettes, autant de dettes que de débiteurs ou de créanciers; chacun serait placé dans un rapport obligatoire distinct; seulement toutes ces dettes auraient le même objet et seraient éteintes par un payement unique. Les obligations solidaires simples auraient toutes leur source dans la loi[1]. Elles se rencontreraient entre les codélinquants au point de vue de la réparation du dommage causé par le délit, entre cotuteurs ou magistrats collègues, entre plusieurs personnes qui ont donné un mandat dans l'intérêt d'un tiers, entre ceux qui s'engagent en commun par une convention quelconque quant aux dommages et intérêts dus à raison d'une faute commune, entre plusieurs habitants de la même maison au point de vue de l'action *de effusis vel dejectis*[2]. Cette solidarité simple se séparerait de la corréalité sous les rapports suivants :

1° En principe les débiteurs simplement solidaires ne jouiraient pas du bénéfice de division, parce que, si l'un d'eux est poursuivi pour le tout, le créancier lui demande seulement le payement de sa propre dette[3]. Mais on est forcé de reconnaître que, malgré ce motif, le bénéfice de division du droit classique appartenait aux cotuteurs et aux comandants dans l'intérêt d'un tiers.

2° L'interruption de la prescription vis-à-vis de l'un des débiteurs simplement solidaires serait sans effet à l'égard des autres, encore à raison de la diversité des dettes.

3° Lorsque l'un des débiteurs simplement solidaires manque à son obligation, lui seul devrait payer des dommages et intérêts; ses

(1) Molitor, cité, I, n° 257 initio.

(2) On est loin d'être d'accord sur les limites de la solidarité simple; beaucoup d'espèces sont attribuées par les uns à la corréalité, par les autres à la solidarité simple. Il y a aussi contestation sur le point de savoir s'il existe une solidarité simple entre cocréanciers; Molitor, cité, I, n° 257 initio. — Vangerow, III, § 573, *Anm.* 2 i. f. — Windscheid, II, § 298. — (3) Cf. Nov. 99, c. 1.

codébiteurs seraient libérés. Leur obligation étant distincte s'éteindrait par un cas fortuit.

4° L'extinction de l'obligation simplement solidaire entre le créancier et l'un des débiteurs libérerait seulement les autres pour autant que le créancier ait été satisfait; moyennant cette satisfaction, toutes les dettes s'éteindraient comme ayant le même objet. Mais si le créancier n'a pas été satisfait, les dettes distinctes des autres débiteurs subsisteraient. Ne profiteraient donc pas aux codébiteurs l'acceptilation, la chose jugée, le serment décisoire, la novation en tant que la nouvelle obligation aurait moins d'étendue que l'ancienne. En ce qui concerne la *litis contestatio*, déjà dans le droit classique elle aurait seulement procuré une libération personnelle(4).

5° Entre codébiteurs simplement solidaires le recours serait de droit, sauf le cas de dol; le débiteur qui paye toute la chose due, acquitterait à la fois sa dette et les dettes de ses coobligés; il gérerait l'affaire de ces derniers et, de ce chef, acquerrait contre eux l'action contraire de gestion d'affaires(5).

II. Quel que soit le crédit dont jouit aujourd'hui cette doctrine, nous la croyons mal fondée. Considérée en elle-même, la notion de la solidarité simple n'est guère acceptable. Si l'obligation dite purement solidaire comprenait plusieurs dettes, le payement de l'une de ces dettes serait impuissant à éteindre les autres; peu importe qu'elles aient le même objet; cette identité d'objet ne justifie pas l'extinction de deux dettes distinctes par le payement de l'une d'elles, pas plus que, dans le cas où deux personnes ont promis séparément la même chose à une troisième, le payement fait par l'un des débiteurs n'entraîne l'extinction des deux dettes. La circonstance qu'un seul payement libère tous les débiteurs dits simplement solidaires, prouve l'unité du rapport obligatoire. En ce qui concerne les textes, aucun n'établit *in terminis* la prétendue distinction de la corréalité et de la solidarité; or cette distinction méritait une mention. De plus, de tous les effets propres attribués aux obligations dites simplement solidaires, deux à peine seraient, d'après la théorie dominante, attestés par nos sources. Il est certain qu'à l'époque classique, la *litis contestatio* engagée entre le créancier commun et l'un des débiteurs solidaires ne libérait pas toujours les autres, notamment pas les comandants dans l'intérêt d'un tiers(6), et quelques codébiteurs, tels que les cotuteurs, jouissaient d'une manière

(4) Paul, II, 17, § 15; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 52 § 3. — D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 15 i. f.; D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 43 initio. — D. 9, 3, *de his, qui effud.*, L. 1 § 10, L. 2-4. — Voyez Vangerow, III, § 573, *Anm.* 5, p. 97-99.

(5) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 29 (30); D. 9, 3, *de his, qui effud.*, L. 4. Voyez Vangerow, III, § 573, *Anm.* 3, p. 73. — (6) Voyez les textes de la note 4.

générale d'un recours les uns contre les autres(7). Ces deux règles dérogent au droit commun de la solidarité; encore la première est-elle tombée dans la législation de Justinien(8). Mais ces deux règles du droit classique, cette règle unique du droit romain n'exige pas la création de toute une théorie. Ce sont de simples dérogations aux principes généraux de la solidarité et ces dérogations s'expliquent aisément. Pourquoi, déjà à l'époque classique, n'aurait-on pas pu abandonner, dans certains cas, la règle relative à l'effet novateur de la *litis contestatio* parce que cette règle était trop rigoureuse?(9). De même, si l'on accorde un recours au tuteur contre ses cotuteurs, c'est que l'équité commande ce recours. Le système que nous combattons, contient aussi une inconséquence; le bénéfice de division est incompatible avec l'obligation simplement solidaire; or ce bénéfice appartenait aux cotuteurs et aux comandants dans l'intérêt d'un tiers, même à une époque où les codébiteurs corréaux n'en jouissaient que d'une manière exceptionnelle(10).

Section VII. — **Des obligations indivisibles.**

UBBELOHDE, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, Hanovre, 1862.

DANIÉLOPOULO, *Des obligations divisibles et indivisibles en droit romain et en droit français*, p. 1-203, Paris, 1864.

KLEYER, *Des obligations divisibles et indivisibles*, Bruxelles, 1873.

LEONI, *Sulle obbligazioni divisibili ed indivisibili nel diritto romano*, Palerme, 1882, et *La teoria dei diritti e degli obblighi divisibili ed indivisibili*, Padoue, 1887.

SCHEURL, *Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Obligationen*,

(7) Voyez les textes de la note 5. — (8) C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 28.

(9) Cf. MAYNZ, II, § 186, Observ. i. f.

(10) Les apôtres de la nouvelle théorie sont KELLER (*Litis Contestation und Urtheil*) et surtout RIBBENTROP, cité. A eux se sont ralliés MOLITOR, cité, T. I, nos 256-257, T. II, nos 1157 et 1158 initio, SAVIGNY, cité, I, § 16 et note c, § 17-26, DEMANGEAT, cité, p. 11-13, p. 97-99, et p. 397-433, SAMHABER, cité, § 1-16, VANGEROW, III, § 573, *Anm.* 1, 2, 3, no 4, p. 73, et *Anm.* 5, p. 97-99, ACCARIAS, II, no 556, WINDSCHEID, II, § 292 i. f. et 293-298, DERNBURG, II, § 70-75, et GIRARD, p. 737-745. Cf. LANDUCCI, cité.

Voyez contre la distinction de la solidarité et de la corréalité, du moins au point de vue pratique, KUNTZE, *Obligation und Singularsuccession*, p. 115-224, 229-233, Leipzig, 1856, *Die Obligation im röm. u. heut. Recht*, p. 125-177, Leipzig, 1886, HELMOLT, cité, FITTING, cité, FRITZ, *Zeitschrift f. Civilr. u. Prozess. Neue Folge* XVII (1860), p. 145-168, XVIII (1861), p. 355-392, XIX (1862), p. 55-115, XXII (1865), p. 451-498. ORTOLAN, III, nos 1822-1823, MAYNZ, II, § 186, Observ., NAMUR, I, § 214, 4o, et au fond aussi BRINZ, II, § 235 et 253.

dans les *Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts* de l'auteur I (1884), p. 68-102.

TERRANA, *Studio sulle obligazioni divisibili ed indivisibili in diritto romano e diritto civile italiano*, Palerme, 1891.

GRADENWITZ, *Interesseleistungen bei unteilbare Obligationen*, Breslau, 1895, dissertation inaugurale.

ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili ed indivisibili*, Modène, 1901.

§ 337. DES CAUSES DE L'INDIVISIBILITÉ DES OBLIGATIONS.

L'indivisibilité de l'obligation tient à son objet ou à sa forme.

I. A raison de son objet, l'obligation est indivisible lorsque la prestation due par le débiteur est indivisible, lorsqu'elle n'est pas susceptible d'être partagée en parts et portions de même nature que la prestation entière. D'après cela :

A) Sont indivisibles à raison de leur objet :

1° les obligations qui tendent à la constitution d'une servitude indivisible; toutes les servitudes, sauf l'usufruit, sont indivisibles; les constituer pour partie est une impossibilité[1];

2° les obligations qui ont pour objet des faits positifs ou négatifs indivisibles. En général les faits ont un caractère d'indivisibilité. Un fait positif existe seulement s'il existe pour le tout; aussi longtemps qu'il n'est pas complet, il n'existe en aucune façon; il suffit de songer à la construction d'une maison[2]. De même un fait négatif, une abstention n'existe que s'il y a abstention complète; une abstention partielle n'est pas une abstention; le fait négatif qui consiste à ne pas troubler un voisin dans l'exercice d'une servitude prédiale, suppose l'absence complète de trouble; il est exclu par un trouble quelconque[3]. En particulier sont indivisibles les obligations de construire une maison[4], d'aménager un jardin, de creuser un fossé, de ne pas troubler un voisin dans l'exercice d'une servitude prédiale[5]. L'obligation d'exhiber a le même carac-

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 1 initio, L. 72 pr. initio; D. 7, 8, *de usu et habit*, L. 19. A l'occasion de la servitude *oneris ferendi*, qui permet de laisser reposer une construction sur le mur du voisin, le droit romain admet que le propriétaire du fonds servant est, en cette seule qualité, tenu d'entretenir le mur inférieur. C'est une obligation légale qui, formant un accessoire de la servitude, participe de son indivisibilité; si le fonds dominant appartient à plusieurs copropriétaires, chacun d'eux peut agir pour le tout en réparation du mur inférieur; mais, s'il y a plusieurs copropriétaires du fonds servant, la poursuite se divise. Cf. T. II, § 242, 3°.

(2) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr. initio, L. 85 § 2; D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 80 § 1.

(3) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 3. — (4) D. *eod.*, L. 72 pr. initio.

(5) D. *eod.*, L. 85 § 3.

tère; exhiber une chose, c'est la mettre en présence de l'adversaire pour qu'il en prenne inspection[6]; or une chose n'est vraiment en présence de quelqu'un que si elle y est tout entière. Il faut en dire autant de l'obligation qui a pour objet le rétablissement d'un état des lieux antérieur; cet état des lieux ne doit être considéré comme rétabli que s'il est rétabli d'une manière complète; telle est l'obligation naissant de la stipulation *ex operis novi nuntiatione*, qui porte sur la démolition d'un nouvel œuvre[7]. Est encore indivisible l'obligation de défendre quelqu'un contre l'éviction; une défense partielle ne se comprend pas; on n'est réellement défendu que quand on l'est pour le tout. Notamment plusieurs vendeurs ou plusieurs héritiers d'un vendeur unique sont tenus de défendre l'acheteur contre l'éviction, chacun pour le tout; il ne suffit pas que l'un d'eux défende l'acheteur pour sa part et portion; si l'acheteur est évincé de la partie restante de la chose, tous les vendeurs ou héritiers du vendeur ont manqué à leur obligation, même celui qui a défendu pour sa part[8]. Mais l'obligation d'indemniser l'acheteur à raison d'une éviction totale ou partielle est divisible, car elle porte sur une somme d'argent; chaque vendeur ou héritier du vendeur est seulement soumis au recours en garantie pour sa part et portion[9].

3° Peuvent encore être indivisibles, en vertu d'une convention expresse ou tacite, les obligations portant sur la remise de choses corporelles[10]. Il est au pouvoir des parties de rendre indivisibles ces obligations naturellement divisibles, de convenir qu'elles seront soumises aux règles des obligations indivisibles; cette indivisibilité conventionnelle ne rencontre aucun obstacle. Nous admettons dans l'espèce une indivisibilité à raison de l'objet de la dette; par suite de la convention des parties, il se forme une véritable obligation portant sur un *fait* indivisible[11]. — C'est ainsi que, sur le fondement de la volonté tacite des contractants, on doit réputer indi-

(6) D. 10, 4, *ad exhib.*, L 2.

(7) Lorsque, après la dénonciation du nouvel œuvre, le dénonçant agit au pétitoire contre le dénoncé, celui-ci peut, si le procès se prolonge au delà de trois mois, être autorisé à continuer provisoirement la bâtisse, en promettant de la démolir s'il perd le procès; cette promesse constitue la stipulation *ex operis novi nuntiatione* (T. IV, § 501, III, 3); D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 2 § 1; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 4 § 2 i. f.

(8) D. 21, 2, *de evict.*, L. 62 § 1 initio, L. 65 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 5, L. 139.

(9) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 5 i. f, L. 139 i. f.; C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 2. Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 4 § 2. Voyez le paragraphe suivant n° III, A, 2° initio.

(10) ou bien sur des choses incorporelles divisibles ou sur des faits de l'homme divisibles. — (11) Cf. Maynz, II, § 192, note 25 i. f.

visibles l'obligation de payer des aliments et celle de payer une somme d'argent destinée à tirer quelqu'un de la prison pour dette; à vrai dire, ces obligations ont pour objet l'alimentation ou la libération du créancier(12). — De même, lorsqu'une chose déposée est physiquement indivisible et qu'il y a plusieurs déposants ou plusieurs héritiers d'un déposant unique, la majorité des déposants ou des héritiers du déposant(13) peut réclamer la restitution de toute la chose déposée(14). Cette indivisibilité repose encore sur la volonté tacite des parties; le caractère absolu de l'obligation de restituer la chose déposée la rend indivisible dans le sens indiqué; le dépositaire manquerait à la confiance qu'on a placée en lui, s'il ne faisait qu'une restitution d'une partie indivise à l'un des ayants droit; il doit restituer la chose entière de manière à répondre à cette confiance(15). — Pareillement, l'obligation de reprendre une chose vendue qui est vicieuse ou qui n'a pas les qualités promises, est indivisible lorsqu'il y a plusieurs acheteurs ou plusieurs héritiers d'un acheteur unique. L'un d'eux n'est pas admis à agir pour sa part et portion en rescision du contrat ou bien en diminution du prix; tous doivent agir en commun et pour le tout, soit en rescision, soit en réduction du prix. En effet la vente est indivisible, elle doit être maintenue pour le tout ou rescindée pour le tout; or, si les divers acheteurs ou héritiers de l'acheteur pouvaient agir séparément, il arriverait que l'un d'eux réclamerait pour sa part la rescision du contrat, tandis qu'un autre maintiendrait le contrat pour sa part en se contentant d'une simple diminution du prix(16). — Ainsi

(12) MAYNZ, note 25 citée. Pour WINDSCHEID, II, § 475 et note 13a, l'obligation est solidaire.

(13) D. 16, 3, *depos.*, L. 14 pr. initio. La majorité se détermine non par le nombre des ayants droit, mais par l'importance des parts; L. 14 pr. cit. i. f.

(14) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 36 i. f., L. 14 pr. Bien que ces lois ne parlent que d'une pluralité d'héritiers, elles doivent être étendues à une pluralité de déposants; il y a au moins parité de motifs. Cf. D. *eod.*, L. 1 § 36 initio et 44.

(15) Mais il a le droit d'exiger une caution contre une poursuite ultérieure des autres déposants ou héritiers du déposant; D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 36 i. f., L. 14 pr. i. f. On ne comprend pas que MOLITOR, cité, I, n° 250, *c*, conclue de ces deux lois que la majorité des héritiers du déposant peut poursuivre pour le tout sans fournir caution (la loi 14 pr. dit précisément le contraire) et que la minorité jouirait du même droit moyennant caution. Les deux textes exigent la caution et le second veut en outre que la majorité des héritiers agisse; POTHIER, *Pand. Justin.*, 16, 3, n° 11.

Si la chose déposée admet une division physique, la poursuite se divise; des pièces de monnaie déposées sont divisibles, bien qu'elles soient renfermées dans un sac cacheté; D. *eod.*, L. 1 § 36, vis Si pecunia..... in aede deponendo.

(16) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 31 § 5 et 7, cf. § 10, vis Item si plures singuli..... .. Le motif de cette indivisibilité n'existe point s'il y a plusieurs vendeurs ou plusieurs héritiers d'un vendeur unique. Chacun d'eux peut être poursuivi par

encore, lors qu'une obligation a pour objet *la restitution d'un corps certain* et qu'elle incombe à plusieurs dont un seul détient la chose, elle est indivisible à l'égard du détenteur. A la rigueur celui-ci ne devrait payer que sa part. Mais il est aussi tenu de faire avoir à ses codébiteurs leurs parts respectives, soit en vertu du contrat qui oblige à la restitution, soit à raison de la communauté héréditaire; puis les codébiteurs devraient payer leur part au créancier. Dès lors il est conforme à l'intention des contractants que le détenteur puisse être poursuivi pour le tout, de manière à simplifier l'exécution de l'obligation. Tel étant le motif de la règle, celle-ci doit être suivie, peu importe que la restitution ait pour objet la propriété, la possession ou la détention de la chose, mais elle est inapplicable aux obligations de restituer *des choses fongibles* et aux obligations de *livrer* des choses quelconques(17).

L'indivisibilité qui tient à l'objet de l'obligation, est-elle essentielle ou simplement naturelle? L'obligation de constituer des servitudes indivisibles est essentiellement indivisible; on ne conçoit pas qu'elle soit partagée, pas plus qu'on ne conçoit une portion d'une servitude indivisible; il n'est pas au pouvoir des parties de déroger à cette indivisibilité de l'obligation(18). Dans les autres cas, l'indivisibilité résultant de l'objet de l'obligation n'est que naturelle; il est possible aux parties d'y déroger. Cela est évident s'il s'agit d'une obligation qui porte sur des choses corporelles et que la convention seule a rendue indivisible. Mais il faut en dire autant des obligations ayant pour objet des faits indivisibles; rien n'em-

l'*actio empti* pour sa part et portion, soit en rescision du contrat, soit en réduction du prix; à l'égard de chacun la vente sera rescindée pour le tout ou maintenue pour le tout; D. *eod.*, L. 31 § 10, vis Si venditori..... dicendum, L. 44 § 1, vis quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt. A la vérité les actions édilitiennes se donnent pour le tout contre l'un des vendeurs associés, pourvu qu'il ait une part sociale aussi forte qu'aucun de ses covendeurs (D. *eod.*, L. 44 § 1, L. 31 § 10, vis nam si unus a pluribus..... in solidum redhibendum, cf. vis si tamen partes..... quanto minoris); mais il y a dans l'espèce solidarité légale. Si l'on admettait une indivisibilité, celle-ci ne pourrait être que légale; une indivisibilité naturelle ou conventionnelle serait commune aux actions édilitiennes et à l'*actio empti*; or cette dernière poursuite se divise. Une indivisibilité légale ne se comprend point; la loi ne peut pas faire qu'une obligation divisible devienne indivisible. Cf. Ribbentrop, *Correal-Obligationem*, § 20, p. 158-169, Schilling, III, § 299 et note r, Molitor, cité, I, n° 499 i. f., et Vangerow, III, § 609, *Anm.* 2, n° III i. f. — Contra Maynz, II, § 213, note 42 i. f., § 227, note 10 i. f. Cf. T. III, § 390, I, E.

(17) D. 13, 6, *commod.*, L. 3 § 3 " Heres ejus qui commodatum accepit pro ea " parte qua heres est convenitur, nisi forte habeat facultatem totius rei resti- " tuendae nec faciat : tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni judicis " arbitrio conveniat ". Cf. Molitor, cité, I, n° 250, *b*.

(18) D. 8, 1, *de servit.*, L. 17 initio.

pêche les parties de convenir que la prestation du fait se divisera d'une certaine manière[19].

B) Par contre sont divisibles à raison de leur objet :

1° les obligations qui ont pour objet la remise de choses corporelles, alors même que ces choses n'admettent pas de division physique, qu'il s'agisse de faire une dation, c'est-à-dire de transférer la propriété (*dare*), ou de faire une simple tradition, c'est-à-dire de transférer seulement la possession ou la détention de la chose (*tradere*). L'obligation de donner un cheval ou une statue est aussi divisible que celle de donner un fonds de terre, nonobstant l'indivisibilité physique du cheval et de la statue[20]. De même l'obligation de livrer une chose corporelle en vertu d'une vente ou d'un louage de choses est divisible. Dans tous ces cas, un payement partiel est possible; on peut transférer une copropriété, une copossession[21], une codétention; si l'obligation de donner ou de livrer le cheval A comprend deux débiteurs, chacun peut transférer au créancier une moitié indivise de la propriété, de la possession ou de la détention du cheval A et le créancier obtiendra par ces deux payements partiels le cheval auquel il a droit. En ce qui concerne spécialement l'obligation de livrer, elle est impliquée dans l'obligation de donner[22]; la

(19) *Non obstat* D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr. « horum enim divisio corrumpit « stipulationem ». Ces mots prouvent seulement qu'en principe et sauf convention contraire l'obligation de faire est indivisible.

(20) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 54 pr. initio; D. 46, 3, *de solut.*, L. 9 § 1 initio.

(21) Cf. T. I, § 148.

(22) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 3 § 1 « qui fundum dari stipularetur, vacuam « quoque possessionem tradi oportere stipulari intellegitur.. ».

Il semble que cette doctrine n'aurait jamais été douteuse si un fragment d'Ulpien ne comprenait l'obligation ' *fundum tradi* ' parmi les obligations indivisibles.

D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr. " Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae " divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarum" servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, " ut puta *fundum tradi* vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel " quid his simile : horum enim divisio corrumpit stipulationem.. ".

Mais il est possible de concilier cette loi avec les principes généraux, en la rapportant à une stipulation ' *fundum tradi* ' accompagnée d'une clause pénale. Les Romains avaient l'habitude de joindre cette clause aux stipulations de faire; I. 3, 15, *de V. O.*, § 7; D. 45, 1, *eod.*, L. 137 § 7 initio. Or, dans ce cas, la peine peut seulement être évitée par la tradition totale du fonds; la tradition est indivisible au point de vue de la clause pénale; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 47. Savigny, cité, I, § 32, II, C, p. 339-343, pense qu'Ulpien entend parler de la stipulation ' *fundum tradi, et nisi traditus erit, centum dari* ', à l'occasion de laquelle on admettait que la peine était *in obligatione* et la tradition du fonds seulement *in condicione* ; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 6; cf. T. III, § 309 et note 12.

On peut citer les textes suivants en faveur de la divisibilité de l'obligation de livrer :

tradition d'une chose, si elle est faite dans le but de transférer la propriété, est en réalité une dation, laquelle est divisible; la tradition de la chose vendue constitue une dation divisible. Or, cette divisibilité de la dation suppose celle de la tradition; une tradition indivisible ne pourrait donner lieu à une dation divisible; on ne comprend pas que la tradition partielle faite par le vendeur soit à la fois valable comme dation partielle et nulle comme tradition partielle. L'obligation de livrer, si elle est l'accessoire d'une obligation de donner, est donc divisible; elle doit avoir le même caractère si elle est principale; si, par sa nature, elle n'était pas susceptible de division, comment se partagerait-elle quand elle est l'accessoire de l'obligation de donner? On objecte que les obligations de livrer sont des obligations de faire et que celles-ci sont indivisibles. Mais les obligations de faire sont les unes indivisibles, les autres divisibles, peu importe que la plupart aient le premier caractère. Pour que l'argument produit fût concluant, on devrait établir que l'obligation de livrer est une obligation de faire indivisible; nous venons de prouver le contraire(23). — L'obligation de livrer étant divisible, il en est de même de l'obligation de restituer la possession ou la détention d'une chose corporelle(24).

1° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 52 § 1 " Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, " non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum ". D'après Ulpien, l'auteur de notre fragment, la stipulation ' *vacuam possessionem tradi* ' n'a pas pour objet un pur fait, mais ' *causam bonorum* ', c'est-à-dire une chose corporelle divisible; donc la stipulation est divisible quant à son objet.

2° D. *eod.*, L. 137 § 3 « sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit ». Le *tradere* est considéré ici comme l'équivalent du *dare*.

De même au D. *eod.*, L. 85 § 6, les deux expressions sont employées comme synonymes.

3° D. 13, 6, *commod.*, L. 3 § 3, et D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 36. Ces textes déclarent divisible l'obligation de restituer une chose reçue en commodat ou en dépôt, du moins en règle générale; cette obligation n'est autre qu'une obligation de livrer. Les deux lois précitées sont inexplicables pour nos adversaires; cf. note 24 du présent paragraphe.

(23) Voyez en ce sens Savigny, cité, I, § 32, n° II, C, et, en principe aussi, Molitor, cité, I, n°s 230 i. f., 250, *b* et c, et 413 initio. Cf. Ubbelohde, cité, § 7 cbn. avec § 2, 1 initio, et avec § 29.

Contra Mühlenbruch, II, § 326, note 6 i. f., Daniélopoulo, cité, p. 114-137, Mayne, II, § 192, n° II initio et Observ. 1, et Kleyer, cité, § 13.

(24) D. 13, 6, *commod.*, L. 3 § 3; D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 36. D'après ces lois, l'obligation de restituer une chose reçue en commodat ou en dépôt peut seulement être poursuivie contre l'un des héritiers du commodataire ou par l'un des héritiers du déposant pour sa part héréditaire, à moins que l'un des héritiers du commodataire ne détienne seul la chose empruntée ou qu'il ne s'agisse d'une chose déposée physiquement indivisible; cf. n° I, A, 3°, du présent paragraphe. Les auteurs qui soutiennent l'indivisibilité de l'obligation de livrer, doivent, pour être conséquents, admettre que l'obligation de restituer est divisible ou indivi-

2° Sont aussi divisibles les obligations de constituer des droits d'usufruit[25], d'emphytéose, de superficie ou d'hypothèque. Ces droits réels sont divisibles au point de vue de leur constitution[26] et partant l'obligation de les constituer doit avoir le même caractère. Si on dit de l'hypothèque qu'elle est indivisible[27], cette indivisibilité concerne la poursuite de l'hypothèque et non sa constitution; on peut hypothéquer une partie divise au indivise d'une chose[28].

3° Il faut en dire autant des obligations qui ont pour objet des faits positifs ou négatifs divisibles. Il y a des faits positifs ou négatifs de l'homme qui sont susceptibles d'être décomposés en parts et portions de même nature que le fait entier et, dans ce cas, l'obligation de faire ou de ne pas faire est pareillement divisible. Telle est l'obligation de prester un certain nombre de journées de services domestiques; étant donnée une prestation de dix de ces journées, chaque journée forme la dixième partie de la prestation totale[29]. Telle est encore l'obligation de ne pas revendiquer une chose (*amplius non agi rei vindicatione*); si la chose est revendiquée pour moitié, l'abstention qui fait l'objet de l'obligation, le *non vindicare*, existe pour l'autre moitié[30]. L'obligation de remettre une dette est aussi divisible; on peut remettre une dette pour partie[31], pourvu qu'elle soit divisible[32]. Il en est de même de l'obligation de céder une créance divisible; rien ne s'oppose à la cession partielle de cette créance. Mais surtout les obligations de faire ou de ne pas faire deviennent divisibles, en vertu de la convention des parties, lorsque celles-ci ont eu en vue moins la prestation du fait que le payement d'une somme d'arg nt pour le cas de non-prestation du fait; l'obligation de faire ou de ne pas faire se convertit alors en une obligation de donner divisible[33]. De là la

sible selon que la restitution a pour objet la propriété ou la possession (ou la détention). L'obligation de restituer une chose reçue en commodat ou en dépôt devrait donc être indivisible, tandis que les textes précités lui attribuent en général le caractère opposé.

(25) D. 7, 1, *de usufr.*, L. 5 i. f. — (26) L. 5 cit. initio.

(27) D. 21, 2, *de evict.*, L. 65, vis propter indivisam pignoris causam.

(28) C. 8, 20 (21), *si comm. res pignor. sit*, L. un.

(29) D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 15 § 1; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 54 § 1.

(30) D. *eod.*, L. 4 § 1. Cf. T. III, § 309, note 15, n° 1.

(31) D. 34, 3, *de liber. leg.*, L. 7 pr.; D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 9, L. 10, L. 17; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 3 i. f. — (32) D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 13 § 1.

(33) D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 2 § 2 " Incertam quantitatem continet stipu-
" latio judicatum solvi et rem ratam dominum habiturum et damni infecti et his
" similes, in quibus respondetur scindi eas in personas heredum, quamvis possit
" dici ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto
" stipulationem diversam condicionem cujusque facere. At in contrarium summa
" ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente in partem ejus commit-
" tatur stipulatio : hoc enim facere verba stipulationis ' quanti ea res est '.. ".

divisibilité de nombreuses stipulations nécessaires[34] telles que les cautions *damni infecti*[35], *legatorum servandorum causa*[36], *rem pupilli salvam fore*[37], *judicatum solvi*[38], *ratam rem dominum habiturum*[38], *judicio sisti*[39] et *dolum malum abesse afuturumque esse*[40]. Ainsi encore l'obligation de faire ou de ne pas faire résultant d'une stipulation volontaire ou bien d'une convention quelconque peut être rendue divisible par la volonté des parties ; c'est le cas de la stipulation volontaire *dolum malum abesse afuturumque esse*, laquelle est au fond une stipulation de dommages et intérêts pour l'éventualité d'un dol[41].

(34) Même texte. En général les auteurs ne parlent que de la divisibilité des stipulations prétoriennes; mais plusieurs stipulations judiciaires ou communes sont aussi divisibles. Telles sont les cautions *de dolo* (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 121 pr) et *ratam rem dominum habiturum* (D. 46, 5, *de stipul. praet.*. L. 2 § 2 initio); la première est judiciaire (I. 3, 18, *de divis. stipul.*, § 1, Théophile, *eod.*, § 1 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 5 pr. initio); la seconde est commune (I. 3, 18, *de divis. stipul.*, § 4 i. f., et Théophile, *eod.*; si le D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 2 pr. et § 2 initio, la représente comme prétorienne, c'est parce qu'elle était généralement fournie devant le magistrat). C'est pourquoi nous avons substitué l'expression de stipulations nécessaires (prétoriennes, judiciaires ou communes) à celle de stipulations prétoriennes. Au reste il y a aussi des stipulations volontaires ou conventionnelles qui, quoique portant sur un fait, sont divisibles, comme il y a des stipulations nécessaires indivisibles à raison du fait sur lequel elles portent; cf. n° I, A, 2°, et B, 3° i. f., du présent paragraphe.

(35) D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 2 § 2 initio.

(36) Arg. I. 3, 18, *de divis. stipul.*, § 2 initio, et D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 1 § 2, L. 2 pr., § 1-2.

(37) Arg. I. 3, 18, *de divis. stipul.*, § 4, et D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 1 § 2, L. 2 pr., § 1-2. — (38) L. 2 § 2 cit. initio.

(39) Arg. D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 1 § 3, L. 2 pr., § 1-2.

(40) Arg. I. 3, 18, *de divis. stipul.*, § 1, D. 45, 1, *de V. O.*, L. 121 pr., et D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 2 pr., § 1-2. Voyez encore D. 45, 1, *de V. O.*, L. 4 § 2.

(41) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 13, L. 121 pr., et D. 46, 5, *de stipul praet.*, L. 2 § 2 initio.

Quid si l'objet d'une obligation est en partie divisible, en partie indivisible, comme dans le cas où l'obligation porte à la fois sur la dation d'une chose corporelle et sur l'établissement d'une servitude prédiale? L'obligation elle-même sera en partie divisible, en partie indivisible. Pas de doute possible sur le second point et le premier ne paraît pas plus contestable; en tant qu'une dette est susceptible de partage, elle doit se diviser conformément au droit commun; cf. Maynz, II, § 192, n° III initio. Si l'obligation s'éteint quant à son élément divisible ou quant à son élément indivisible, elle devient absolument indivisible ou divisible. Il est indifférent que l'élément indivisible de la dette soit accessoire ou principal; même dans le dernier cas, la dette sera divisible pour son élément divisible, malgré le caractère accessoire de celui-ci; le motif est identique. Donc l'obligation du mandataire de rendre compte et de payer le reliquat de compte est divisible sous le second rapport. Cf. D. 35, 1, *de condic.*, L. 82, et D. 40, 7, *de statulib.*, L. 6 § 7, notre § 333 avec les notes 29 et 35, et Maynz, II, § 192, note 21.

II. A raison de sa forme et nonobstant la divisibilité de son objet, l'obligation devient, à certains égards, indivisible lorsqu'elle est alternative ou qu'elle porte sur un genre proprement dit. En effet, dans ces obligations, le payement doit porter sur une chose entière comprise dans l'alternative ou le genre; il ne peut avoir pour objet des parties de plusieurs choses; une pareille division serait contraire à la volonté des contractants. Si quelqu'un a promis alternativement 1000 as ou 100 mesures de froment, il doit choisir l'argent ou le froment(42) et le débiteur d'un cheval en général est tenu de choisir un cheval pour le tout(43). De là la conséquence que le payement de la dette est indivisible; un payement partiel est impossible. S'il était possible, s'il entraînait une extinction partielle de la dette, le débiteur qui ne serait plus obligé que pour partie, pourrait compléter sa libération en choisissant une partie d'une autre chose; le créancier serait exposé à recevoir des parties de plusieurs choses, contrairement à la convention(44). Supposons que Primus et Secundus doivent 1000 as ou 100 mesures de froment; Primus pourrait payer 500 as et serait libéré; de son côté, Secundus pourrait payer 50 mesures de froment, de manière à être également libéré; le créancier aurait obtenu la moitié de l'argent et la moitié du froment, contrairement à la volonté des contractants. Supposons encore que Primus soit l'unique débiteur de la dette susdite; si le créancier acceptait 500 as, Primus serait libéré de la moitié de la dette; il ne devrait plus que 500 as ou 50 mesures de froment; le choix continuerait de lui appartenir pour le payement de ce reliquat et il pourrait payer cette fois 50 mesures de froment. Comme il sera expliqué plus loin, on évite ce résultat par l'indivisibilité de payement. Mais les obligations d'une quantité de choses fongibles telles que les dettes d'argent, de blé, de vin, etc., sont divisibles; rien ne s'oppose ici à la division du payement; plusieurs payements partiels procureront au créancier la quantité de choses à laquelle il a droit(45).

L'indivisibilité qui tient à la forme de l'obligation, est-elle essen-

(42) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 1 ; D. 31, *de leg.* 2°, L. 15.

(43) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 4. Cf. § 324, 3°, et § 326, II initio.

(44) L. 85 § 4 cit.

(45) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 1 initio, L. 85 § 1. L'indivisibilité de la dette d'un genre proprement dit subsiste avec son motif, alors même qu'il est dû plusieurs choses du genre et que, dans le cas d'une pluralité de débiteurs ou de créanciers, les choses dues se divisent numériquement entre les débiteurs ou les créanciers (cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 54 pr.); ici encore le payement partiel de l'une des choses est impossible, sinon le créancier pourrait recevoir des parts indivises de plusieurs choses. Il faut en dire autant de l'obligation alternative. Cf. le paragraphe suivant initio.

tielle? Fondée sur la volontée présumée des parties, elle ne peut être que naturelle. Il est donc loisible aux parties d'y déroger, en convenant que le payement partiel de la dette entraînera son extinction proportionnelle.

§ 338. IMPORTANCE DE L'INDIVISIBILITE DES OBLIGATIONS.

L'indivisibilité de l'obligation à raison de son objet est absolue; elle affecte l'obligation à tous égards, elle concerne à la fois la promesse(1), la poursuite et le payement de la dette. L'indivisibilité de l'obligation à raison de sa forme est une indivisibilité de payement, elle n'affecte que le payement; à tous les autres points de vue, notamment quant à la promesse et à la poursuite, la dette demeure divisible(2). Nous réunirons ces deux indivisibilités dans un seul exposé, en indiquant les règles spéciales à la seconde. — L'indivisibilité de l'obligation ne présente guère d'intérêt s'il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier, car le créancier n'est jamais tenu d'accepter un payement partiel, pas même dans le cas où la dette est divisible(3). Il s'ensuit que, entre un débiteur unique et un créancier unique, toute obligation a un certain caractère d'indivisibilité. Toutefois, lorsque l'obligation est divisible, il est au pouvoir du créancier d'accepter, s'il le veut, un payement partiel(4); la promesse et la poursuite partielles sont aussi possibles. Par contre, lorsque l'obligation est absolument et essentiellement indivisible, comme l'obligation de constituer une servitude, la division de la promesse(5), de la poursuite(6) ou du payement(6) ne se conçoit point. Elle n'est possible que s'il s'agit d'une indivisibilité absolue mais naturelle, par exemple de l'obligation de construire une maison. En ce qui concerne l'indivisibilité de payement, le créancier est

(1) Sans doute, dans beaucoup de cas (cf. le paragraphe précédent n° I, A i. f.), il est au pouvoir des parties d'établir une division de la dette entre les débiteurs ou créanciers. Mais alors la dette devient purement et simplement divisible.

(2) Du Moulin (*Extricatio Labyrinthi dividui et individui*, Paris, 1562) distingue une indivisibilité absolue (*individuum contractu vel natura*), une indivisibilité d'obligation (*individuum obligatione*) et une indivisibilité de payement (*individuum solutione*), selon que l'obligation est indivisible par elle-même ou bien en vertu de la volonté des parties, ou bien seulement quant au payement. A la première notion l'auteur rattache l'obligation de constituer une servitude indivisible, à la seconde l'obligation de construire une maison. Mais les deux indivisibilités qu'il sépare ainsi, sont soumises aux mêmes principes, sauf que la prétendue indivisibilité d'obligation cesse par l'effet d'une convention contraire. Dès lors la seule distinction pratique est celle de l'indivisibilité absolue (c'est-à-dire complète) et de l'indivisibilité de payement.

(3) Arg. D. 22, 1, *de usur.*, L. 41 § 1. Cf. T. III, § 288, II.

(4) D. 46, 3, *de solut.*, L. 9 § 1 initio. — (5) D. 8, 1, *de servit.*, L. 17 initio.

(6) Cf. L. 17 cit.

certes maître d'accepter une partie d'une chose; mais alors il n'y a pas un payement partiel, ni une libération partielle du débiteur; la dette subsiste pour le tout; le débiteur continue de devoir deux choses alternativement(7) ou une chose *in genere*(8), sauf au créancier à tenir compte de la prestation déjà effectuée(9). Si l'on décidait le contraire, le créancier serait exposé à recevoir des parties de choses différentes, ce qui serait en opposition avec la volonté des contractants. En conséquence, étant donnés une obligation alternative portant sur 10 ou Stichus et un payement de 5, le créancier pourra encore réclamer 5 ou Stichus(10). Si cette fois il reçoit aussi 5, les deux prestations de 5 se compléteront de manière à constituer un payement intégral(11). Si le débiteur paye en second lieu Stichus, ce qui lui est permis à raison de son droit de varier jusqu'à un payement valable, sa prestation de 5 est sujette à répétition(12). Le sort du premier payement est provisoirement tenu en suspens; il vaut comme payement partiel ou bien est nul selon que le débiteur paye en second lieu la partie restante de la même chose ou bien l'autre chose due alternativement(13). S'agit-il d'une obligation d'un genre proprement dit, le créancier qui a reçu une partie d'une chose, continuera de pouvoir réclamer l'exécution de cette obligation(14) et, pour le surplus, on suivra les mêmes règles qu'à l'occasion de l'obligation alternative(15). Pour que le payement d'une partie

(7) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13 initio.

(8) D. 46, 3, *de solut.*, L. 9 § 1 « Qui autem hominem debet, partem Stichi « dando nihilo minus hominem debere non desinit : denique homo adhuc ab eo « peti potest.. ».

(9) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13 i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L 9 § 1 « Sed « si debitor reliquam partem Stichi solverit vel per actorem steterit, quo minus « accipiat, liberatur ».

(10) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13 « petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum.. ».

(11) L. 26 § 13 cit. « et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse.. ». — (12) L. 26 § 13 cit., vis si autem Stichum praestitisset.....

(13) L. 26 § 13 cit. « ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur.. »; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 1 i. f.

(14) D. 46, 3, *de solut.*, L. 9 § 1, passage reproduit à la note 8 du présent paragraphe.

(15) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2, § 1, vis quaedam partis quidem dationem..... donec alius detur.

Le texte capital sur la question est le D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 13, Ulpien, « Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim « condicere : quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque : nam si liberor, « cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro « sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem « dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti haben- « dum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et, si

d'une chose implique un payement partiel et une extinction partielle de l'obligation alternative ou d'un genre proprement dit, le créancier doit renoncer d'une manière spéciale à l'avantage de l'indivisibilité de payement; l'obligation devient alors divisible après coup, comme elle l'eut été dès le principe si les parties avaient fait à cet égard une convention spéciale(16). Mais la renonciation susdite ne se présume point; elle ne résulte pas de la simple acceptation d'une partie d'une chose; le créancier est censé n'accepter cette partie qu'à la condition de recevoir la partie restante de la même chose. Rien ne s'oppose non plus à la division de la poursuite d'une obligation alternative ou d'un genre proprement dit s'il n'y a qu'un débiteur unique et un créancier unique. — L'indivisibilité de l'obligation acquiert une grande importance s'il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers, soit dès l'origine, soit par l'effet de la succession héréditaire. A la vérité, à défaut de solidarité, chacun est seulement débiteur ou créancier pour partie(17). Mais ce principe est en conflit

« praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem « Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic poste- « rior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. « Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque « et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. Et putat natam esse « quinque condictionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod « vellem arbitrium daretur ».

« Si ayant promis par stipulation dix ou Stichus je paye cinq, on demande si je « puis répéter. La question dépend de cette autre si je suis libéré pour cinq; car, si « je suis libéré, la répétition n'a pas lieu; si je ne suis pas libéré, il y aura répéti- « tion. Comme l'ont écrit Celsus au livre six et Marcellus au livre vingt de leur « Digeste, il a été admis que l'obligation ne s'éteint pas pour moitié et que par « conséquent la libération du débiteur qui a payé cinq, doit être tenue en suspens. « Le créancier peut réclamer de lui les cinq restants ou bien Stichus. S'il paye les « cinq qui restent, il est considéré comme ayant payé dûment les premiers cinq; « mais s'il paye Stichus, il peut répéter les cinq comme indus. Donc le payement « subséquent montrera si les premiers cinq ont été payés dûment ou indûment. « Mais lorsque, après le payement de cinq, Stichus est aussi payé, et que moi « (créancier) j'aime mieux garder les cinq et restituer Stichus, Celsus demande si « ma prétention est admissible, et il estime que la *condictio* est née pour les cinq, « bien que, dans le cas où les deux choses ont été payées simultanément, on me « donne la faculté de garder l'une d'elles à mon choix ».

La question spécialement traitée par Ulpien est celle de la répétition des cinq payés d'abord. Cette répétition n'est admise qu'après le payement subséquent de Stichus; car alors seulement il apparaît que les cinq ont été payés indûment.

En ce qui concerne le payement simultané de cinq et de Stichus, dont s'occupe la fin du passage, cf. § 326 et note 9. — (16) Cf. le paragraphe précédent i. f.

(17) Si des textes disent que les débiteurs sont tenus *in solidum* (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 2 « singuli in solidum tenentur »; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 192 pr. « Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur »), ils ont en vue la poursuite solidaire.

avec un obstacle matériel; à raison de son objet ou de sa forme, la dette ne peut se partager ou du moins le payement est indivisible. De là deux principes fondamentaux Partout où se rencontre l'obstacle de l'indivisibilité, chacun des débiteurs ou créanciers doit être traité comme débiteur ou créancier pour le tout(18). Toutes les fois que l'obstacle de l'indivisibilité n'apparaît pas, le partage de la dette reprend son empire; chacun n'est débiteur ou créancier que pour partie(19). C'est en appliquant d'après les circonstances l'un ou l'autre de ces principes qu'on obtient les règles de l'obligation indivisible due par plusieurs ou à plusieurs.

I. En ce qui concerne la poursuite, si l'obligation est absolument indivisible, étant donnés plusieurs débiteurs, chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout(20) et, étant donnés plusieurs créanciers, chacun d'eux peut poursuivre pour le tout(21); de même la condamnation(22) et l'exécution(22) ont lieu pour le tout(23). A ces divers points de vue, on rencontre l'obstacle de l'indivisibilité. Mais le débiteur actionné pour le tout a le droit de mettre ses codébiteurs en cause(24); le juge doit lui accorder un délai à cette fin. Le but de la mise en cause ne peut être de faire diviser la condamnation entre les débiteurs; pareille division est impossible(25). La mise en cause tend à faire condamner chaque débiteur pour le tout et à faire statuer d'avance sur le recours de celui des débiteurs qui exécuterait l'obligation entière. Le créancier pourra donc

(18) Arg. des deux lois citées à la note précédente.

(19) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr. i. f., L. 85 § 5 i. f.

(20) D. 8, 1, *de servit.*, L. 17 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 2 initio.

(21) D. 8, 1, *de servit.*, L. 17; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 9 i. f.

(22) D. 32, *de leg.* 3°, L. 11 § 23-24; arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 10 i. f., et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 2, vis sed quo casu..... judicio.

(23) On aurait pu s'arrêter à un autre système : obliger le créancier commun à poursuivre tous les débiteurs *conjointement* ou forcer tous les créanciers à agir *ensemble*. Ce système est le plus conforme à la nature de l'obligation indivisible; comme chacun n'est débiteur ou créancier que pour partie, on respecte parfaitement ce principe au moyen d'une poursuite collective. Mais celle-ci présentait de graves inconvénients pratiques; l'insolvabilité ou l'absence de l'un des débiteurs, le mauvais vouloir de l'un des créanciers aurait rendu impossible la poursuite collective et paralysé le droit du créancier. Il fallait permettre au créancier d'actionner *séparément* chaque débiteur et autoriser chaque créancier à agir *seul*; cette solution prévalut chez les jurisconsultes romains, bien qu'on trouve dans leurs écrits des traces de l'autre manière de voir; D. 21, 2, *de evict.*, L. 62 § 1; D. 30, *de leg. 1°*, L. 84 § 13; D. 16, 3, *depos.*, L. 14 pr.

(24) Arg. D. 32, *de leg. 3°*, L. 11 § 23 « tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum.. » et § 24.

(25) La *condamnation* collective des débiteurs, chacun pour partie, présenterait les mêmes difficultés que la *poursuite* collective dont il a été question à la note 23 de ce paragraphe.

s'adresser pour le tout à chacun des débiteurs condamnés, en vue d'obtenir le payement de la dette[26]. Cette mise en cause procure au défendeur originaire un double avantage. En fait, les débiteurs seront amenés à exécuter l'obligation en commun; si cette éventualité se réalise, tout sera terminé entre parties; le recours sera sans objet. Si le défendeur originaire doit exécuter seul l'obligation par suite de l'inaction des autres débiteurs, ceux-ci sont condamnés d'avance envers lui et peuvent être exécutés comme tels par l'*actio judicati*; le défendeur originaire aura évité une action récursoire[27]. Dans le cas d'une pluralité de créanciers, celui d'entre eux qui poursuit pour le tout le débiteur commun, est tenu de lui fournir caution contre la poursuite ultérieure des autres créanciers[28]. — Si l'obligation est simplement indivisible quant au payement, chaque débiteur ne peut être poursuivi que pour partie[29] et chaque créancier n'a action que pour partie[30]; la condamnation se divise également[31] Mais le payement fait par l'un des débiteurs ou à l'un des créanciers doit porter sur une chose

(26) Kleyer, cité, § 18, p. 75-76.

(27) D. 32, *de leg*, 3°, L. 11 § 23 « Si in opere civitatis faciendo aliquid relic-
« tum sit, unumquemque heredem in solidum teneri divus Marcus et Lucius
« Verus Proculae rescripserunt : tempus tamen coheredi praestituerunt, intra
« quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere
« imputaturam coheredi sumptum pro parte ejus. § 24 Ergo et in statua et
« in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem divus Marcus
« rescripsit ».

Procula et son cohéritier avaient été chargés par testament de la construction d'un ouvrage, donc d'une obligation indivisible; Procula fut poursuivie pour le tout. Elle sollicita un rescrit des empereurs Marc-Aurèle et Lucius Verus. Ceux-ci répondirent que la défenderesse était tenue pour le tout, mais qu'elle était autorisée à mettre son cohéritier en cause et qu'elle ne devait exécuter seule l'ouvrage que si son cohéritier ne contribuait pas dans un certain délai à l'exécution. Le § 24 étend cette règle à toutes les obligations indivisibles. Il faut admettre que le cohéritier de Procula avait été condamné à un payement intégral, aussi bien que Procula; arg. des mots « unumquemque heredem in solidum teneri » et des mots « tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum ». Quoique le jurisconsulte garde le silence à cet égard, Procula aurait pu également faire condamner son cohéritier envers elle pour le cas où il n'aurait pas contribué à l'exécution de l'ouvrage.

La règle d'après laquelle chaque débiteur d'une obligation indivisible peut être poursuivi pour le tout, subit une modification s'il s'agit de l'obligation de défendre quelqu'un contre une éviction. L'acheteur menacé d'éviction doit appeler en garantie *tous* les vendeurs ou héritiers du vendeur, en ce sens que s'il en omet un, il doit prouver vis-à-vis de lui que le vice constaté par le jugement d'éviction dans les droits du vendeur existait réellement; cf. T. III, § 387, I, C, 2° et 1 i. f. — (28) D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 36 i. f., L. 14 pr.

(29) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 4 initio et i. f.

(30) Arg. du même texte. — (31) Arg. L. 85 § 4 cit.

entière; le créancier peut refuser un payement partiel, sinon on payerait valablement des parties de choses différentes, ce qui serait contraire au contrat(32). Le créancier est seulement tenu de recevoir de l'un des débiteurs la moitié d'une chose si l'autre débiteur offre en même temps l'autre moitié de la même chose et, dans le cas d'une pluralité de créanciers, le débiteur commun ne présente valablement à l'un des créanciers la moitié d'une chose que s'il présente simultanément l'autre moitié au second créancier; dans les deux hypothèses, le payement offert est en réalité total. Mais *quid* si le créancier accepte de l'un des débiteurs une partie d'une chose? Ce fait ne constitue pas un payement partiel; il ne libère pas le payant; les deux débiteurs demeurent tenus de toute la dette, sauf au créancier à tenir compte de la prestation déjà effectuée(33), comme dans le cas où celle-ci a été faite par un débiteur unique(34). Le créancier est censé l'avoir acceptée seulement sous la condition que l'autre débiteur payerait la partie restante de la même chose; une renonciation à l'avantage de l'indivisibilité de payement ne se présume pas(35). — Si l'un des débiteurs ou créanciers vient à décéder en laissant plusieurs héritiers, l'indivisibilité absolue ou de payement se transmet aux héritiers du défunt, comme elle se transmet aux héritiers d'un débiteur ou d'un créancier unique. Son motif subsiste pour les héritiers; l'objet ou la forme de l'obligation s'oppose à sa division.

II. Si l'obligation est absolument indivisible, l'interruption de la prescription vis-à-vis d'un seul débiteur ou d'un seul créancier nuit aux autres débiteurs ou profite aux autres créanciers.

(32) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 4 « Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum « non potest, veluti cum stipulatus sum hominem incertum: nam petitio ejus « scinditur, solvi vero nisi solidus non potest. Alioquin in diversis hominibus « recte partes solventur: quod non potuit defunctus facere, nec quod stipulatus « sum consequar. Idem juris est, et si quis decem milia aut hominem promiserit ». Voyez encore D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 14.

(33) D. 46, 3, *de solut.*, L. 34 § 10 « Si decem aut hominem dari stipulatus « fuero et duos fidejussores accepero Titium et Maevium et Titius quinque sol- « verit, non liberabitur, priusquam Maevius quoque quinque solvat: quod si « Maevius partem hominis solverit, uterque obligatus remanebit ». Voyez encore le § 1 i. f. de la même loi. — (34) Cf. le commencement du présent paragraphe.

(35) Il en est de même s'il y a plusieurs créanciers et que l'un d'eux reçoive du débiteur commun une partie d'une chose; D. 46, 3, *de solut.*, L. 34 § 1, vis Si duo rei ..... esse videatur; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 14 i. f.

Le débiteur qui est seul actionné, peut aussi mettre ses codébiteurs en cause, dans le but de les faire condamner conjointement avec lui et de faire statuer d'avance sur le recours, et le créancier qui poursuit seul le débiteur commun, lui doit caution contre la poursuite ultérieure des autres créanciers. A raison de la nécessité d'un payement intégral, il y a lieu d'appliquer ici par analogie les règles de l'indivisibilité absolue de l'obligation.

En effet, l'interruption a porté sur la dette entière et non sur une simple partie de la dette; cette partie ne se comprend pas à raison de l'indivisibilité de l'obligation; la prescription de la dette entière ayant été interrompue, l'interruption doit opérer à l'égard de tous les débiteurs et de tous les créanciers. Cela est vrai même si la prescription n'a été interrompue que vis-à-vis d'un seul des héritiers de l'un des débiteurs ou d'un seul des héritiers de l'un des créanciers; le motif est identique. — Mais, dans le cas d'une simple indivisibilité de payement, l'interruption de la prescription est sans effet vis-à-vis des débiteurs ou des créanciers qui n'y sont pas intervenus; la dette étant à vrai dire divisible et le payement seul étant indivisible, l'interruption de la prescription n'a affecté qu'une portion de la dette, la portion due par le débiteur et au créancier entre lesquels la prescription a été interrompue. — Quant à la suspension de la prescription en faveur de l'un des créanciers d'une obligation indivisible quelconque, elle n'empêche pas la prescription de courir contre les autres créanciers; la suspension est un avantage personnel.

III. Lorsque l'obligation indivisible se résout en dommages et intérêts ou bien qu'une peine est encourue, comment sont dus les dommages et intérêts ou la peine par les débiteurs ou aux créanciers? Il y a lieu de séparer l'indivisibilité absolue et l'indivisibilité de payement.

A) *Indivisibilité absolue.* 1° Au moment où il a été manqué à l'obligation indivisible, celle-ci ne comprenait encore qu'un seul débiteur et un seul créancier; plus tard ce débiteur ou ce créancier est venu à décéder en laissant plusieurs héritiers. Ici pas de difficulté. Les dommages et intérêts, comme la peine, ne sont dus par chaque héritier du débiteur ou à chaque héritier du créancier qu'en proportion de sa part héréditaire. L'obligation de payer les dommages et intérêts ou la peine a pris naissance entre un seul débiteur et un seul créancier; par suite du décès du débiteur ou du créancier, elle est devenue une dette héréditaire et cette dette porte sur une somme d'argent ou sur une autre chose corporelle. A ce titre elle est divisible; elle se divise entre les héritiers du défunt, eu égard à leurs parts héréditaires respectives[36].

2° Au moment où il a été contrevenu à l'obligation indivisible, il y avait déjà plusieurs débiteurs. En principe les dommages et intérêts, comme la peine, ne sont dus par chaque débiteur que pour sa

(36) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr. i. f.; cette loi est expliquée à la note suivante. Si très exceptionnellement l'obligation de payer la peine est indivisible à raison de son objet ou de sa forme, elle ne se partage pas entre les héritiers.

part individuelle ou héréditaire; ils consistent en une somme d'argent ou en d'autres choses corporelles; or les obligations qui ont un pareil objet, sont divisibles; la dette s'est transformée avec son objet(37). L'obligation de défendre l'acheteur contre l'éviction est indivisible; néanmoins si, faute d'avoir été défendu comme il devait l'être, l'acheteur est évincé, son action en dommages et intérêts se divise entre les vendeurs ou héritiers du vendeur(38). La règle énoncée est soumise à deux exceptions. En premier lieu, lorsque l'obligation indivisible consiste *à ne pas faire* et que l'un des débiteurs y contrevient, par exemple en troublant le créancier dans l'exercice d'une servitude, les dommages et intérêts, comme la peine, se divisent seulement à l'égard de ses coobligés; le débiteur coupable les doit pour le tout. C'est par son seul fait que les dommages et intérêts ou la peine a été encourue; il doit supporter la conséquence de sa faute(39). En second lieu, s'il s'agit de l'obligation de

(37) sauf la réserve faite à la note précédente.

D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr., Ulpien, « Celsus tamen libro trigensimo octavo « digestorum refert Tuberonem existitimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non « fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi « stipulationem : secundum quem Celsus ait posse dici justa aestimatione facti « dandam esse petitionem ».

« Toutefois Celsus rapporte au livre trente-huit de son Digeste que Tubé- « ron avait été d'avis que si nous stipulons un fait, une somme d'argent doit être « donnée dans le cas où le fait n'est pas presté, et que partant, à ce point de vue « encore, la stipulation se divise. Celsus dit d'après Tubéron qu'une poursuite « doit être accordée pour la juste estimation du fait ».

Ainsi l'obligation de faire, lorsq'elle n'est pas exécutée, se résout en une dette pécuniaire et devient divisible. Telle est l'opinion de Tubéron, de Celsus et d'Ulpien. Elle conduit à la conséquence que s'il y a plusieurs débiteurs, chacun est seulement tenu des dommages et intérêts pour partie. Pour écarter cette loi si claire, Savigny (cité, I, § 34, n° II, p. 359-365) est réduit à soutenir que la doctrine de Tubéron, loin d'être adoptée par Ulpien, n'est citée que comme une curiosité littéraire. D'autres interprètes (Ubbelohde, cité, § 12, p. 76-82. — Windscheid, II, § 299, note 7, c) appliquent le passage au cas où un débiteur unique manque à l'obligation de faire et décède par la suite en laissant plusieurs héritiers; il s'agirait seulement de la division non douteuse de l'obligation *héréditaire* de payer des dommages et intérêts. Mais la loi pose d'une manière générale le principe de la division des dommages et intérêts (etiam in hoc genere dividi stipulationem) et par conséquent ce principe doit recevoir son application si plusieurs débiteurs figuraient déjà dans l'obligation au moment où les dommages et intérêts ont été encourus; il est arbitraire de le restreindre au cas où les dommages et intérêts ont commencé à être dus par un débiteur unique.

Voyez encore D. *eod.*, L. 2 § 5, L. 3 § 1 i. f., L. 4 § 1 initio.

(38) D. *eod.*, L. 85 § 5, L. 139; C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 2.

(39) Pour les dommages et intérêts, les textes sont muets; mais les principes généraux du droit sont décisifs. En ce qui concerne la peine, nous nous appuyons sur les mêmes principes généraux; d'ailleurs il serait illogique

constituer une servitude indivisible, les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de cette obligation peuvent être poursuivis pour le tout contre chaque débiteur(40). Le droit romain s'en tient ici à la rigueur du principe de l'indivisibilité de l'obligation; après comme avant l'inexécution, chacun doit la totalité de la servitude; la condamnation pécuniaire est subrogée à la servitude; les dommages et intérêts sont dus pour le tout par chaque débiteur en vertu d'une véritable solidarité légale(41). On se relâche de cette rigueur à l'occasion des obligations de faire ou de ne pas faire, parce qu'elles ont moins pour objet le fait positif ou négatif de l'homme qu'une somme d'argent; c'est seulement à ce dernier point de vue qu'elles sont susceptibles d'exécution forcée(42).

d'admettre des règles différentes pour les dommages et intérêts et pour la peine. Le D. 45, 1. *de V. O.*, L 4 § 1, semble contraire (ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria.. si id factum, de quo cautum est, individuum sit). Mais ces mots doivent être restreints aux héritiers non coupables. Paul se demande avant tout si le fait de l'un des héritiers oblige les autres au payement de leur part dans la peine, ou bien si le coupable est seul tenu (aut *ab omnibus* heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut *ab uno* pro portione sua) et il se prononce dans le premier sens si l'obligation principale est indivisible; il ne s'occupe pas d'une manière spéciale de l'héritier coupable.

(40) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 10 « Contra si promissor viae decesserit « pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin « duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. Igitur « quia singuli in solidum tenentur, officio judicis cautiones interponi debere, ut, « si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris « consequatur ».

Il résulte de la disposition finale de ce texte que si l'un des héritiers du débiteur d'une *via* paye l'*aestimatio litis*, il jouit d'un recours partiel contre ses cohéritiers; donc il avait payé la totalité de l'*aestimatio litis* et non pas simplement sa part.

Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 2, vis Et ideo si..... judicio. Ce passage est moins concluant; il se peut qu'il ait en vue la constitution de la servitude elle-même, plutôt que la prestation de dommages et intérêts.

(41) Cf. § 333, II, D, 7°.

(42) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 68 i. f., et § 322, 1°. Les commentateurs du droit romain sont d'accord en ce qui concerne les dommages et intérêts s'il s'agit de l'obligation de constituer une servitude indivisible. Pour les obligations indivisibles de faire ou de ne pas faire, selon les uns les dommages et intérêts se divisent entre tous les débiteurs indistinctement (Ribbentrop, *Correal-Obligationen*, § 21-24. — Sintenis, II, § 84 et note 27. — Vangerow, III, § 567, *Anm.* 2, n° 1. — Maynz, II, § 192 et note 54. — Namur, I, § 220, 1, 1°. — Cf. Molitor, cité, I, nos 246, 247 et 255 initio); selon d'autres chaque débiteur est tenu pour le tout; Savigny, cité, I, § 34. — Daniélopoulo, cité, p. 100-114 et 161-173. — Arndts, § 216, 2 et *Anm.* 2, à partir de la 7me édition. — Windscheid, II, § 299 et note 7. D'après Ubbelohde, cité, § 12, p. 76-95, § 14, p. 105, note 1a, et § 33, p. 251-256, les dommages et intérêts se divisent entre les débiteurs dans les

3° Lorsqu'il a été manqué à l'obligation indivisible, celle-ci comprenait déjà plusieurs créanciers; le débiteur commun y a contrevenu vis-à-vis de l'un des créanciers, par exemple il a troublé dans l'exercice d'une servitude prédiale l'un des copropriétaires du fonds dominant. Les dommages et intérêts, comme la peine, ne sont dus qu'au créancier lésé et seulement pour sa part individuelle ou héréditaire; dans le cas spécial qui vient d'être indiqué, le créancier troublé dans l'exercice de la servitude obtiendra la réparation du dommage qu'il a subi comme copropriétaire du fonds dominant ou bien sa quote-part de la peine(43). En effet, l'obligation de payer la peine ou les dommages et intérêts est divisible; le créancier lésé n'avait qu'un intérêt partiel dans la dette originaire; il ne peut agir au delà de son intérêt. Les autres créanciers n'ont droit à aucune portion des dommages et intérêts ou de la peine, faute d'un intérêt quelconque(44). Si le débiteur manque à l'obligation vis-à-vis de tous les créanciers, il doit les dommages et intérêts ou la peine à chacun d'eux pour partie(45).

B) *Indivisibilité de payement.* Ici les dommages et intérêts et la peine sont seulement dus pour partie par le débiteur coupable ou bien au créancier lésé, comme dans une obligation complètement divisible(46). Considérées en elles-mêmes, les obligations alternatives ou d'un genre proprement dit sont divisibles, sauf que le payement doit porter sur une chose entière; comme cette dernière circonstance est indifférente au point de vue des dommages et intérêts ainsi que de la peine, la dette devient absolument divisible.

IV. Quel est l'effet de l'extinction de l'obligation indivisible entre l'un des débiteurs et le créancier commun ou bien entre l'un des créanciers et le débiteur commun? Il faut encore séparer l'indivisibilité absolue et l'indivisibilité de payement.

A) *Indivisibilité absolue.* 1° Lorsque, par suite de l'extinction de l'obligation entre l'un des débiteurs et le créancier commun, celui-ci a été pleinement satisfait, tous les débiteurs sont libérés; le créancier qui poursuivrait encore un second débiteur, serait repoussé

obligations de ne pas faire et chaque débiteur en est tenu pour le tout dans les obligations de faire. Voyez encore Brinz, II, § 232, n° II, 3, et § 233, n° I, 1, c. On admet généralement la division de la peine entre tous les débiteurs; Vangerow, III, § 567, *Anm.* 2, n° I, 3. — Maynz, II, § 258 i. f. — Cf. Molitor, cité, I, n°s 165-167. — (43) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 3 pr.

(44) Cf. D. *eod.*, L. 3 § 1. A la rigueur la peine est aussi encourue au profit des autres créanciers pour leur part et portion; car la condition sous laquelle ils ont stipulé la peine, s'est réalisée. Mais le débiteur peut les repousser par une exception de dol; D. *eod.*, L. 2 § 6, L. 3 § 1, v^is nisi poena..... cujus intersit.

(45) Cf. D. 10, 2, *fam. ercisc*, L. 25 § 9.

(46) Cf. T. III, § 309, II, et sauf l'exception indiquée à cet endroit.

par une exception de dol. Tel est le cas où le créancier commun a été payé par l'un des débiteurs[47] ou bien a conclu avec lui une novation qui substitue à l'obligation indivisible une obligation nouvelle d'une étendue au moins égale[48]. De même l'extinction de la dette entre l'un des créanciers et le débiteur commun libère celui-ci à l'égard des autres créanciers lorsqu'elle leur a profité; le débiteur dispose ici encore d'une exception de dol. Notamment, lorsqu'il a payé de bonne foi l'un des créanciers, — et sa bonne foi sera évidente s'il a payé sur l'ordre du magistrat — il n'est plus tenu de répondre à l'action des autres; le payement leur a profité, puisqu'ils jouissent d'un recours contre le créancier payé[49].

2° Mais toutes les fois que le créancier commun n'a pas été satisfait ou bien que les autres créanciers n'ont pas profité de l'extinction, celle-ci opère seulement d'une manière personnelle; elle est sans effet à l'égard des autres débiteurs ou créanciers; les autres débiteurs demeurent tenus et les autres créanciers conservent leur action. Comme chacun est seulement débiteur ou créancier pour partie, il est placé dans une obligation propre et distincte; l'extinction de l'une de ces obligations ne peut entraîner l'extinction des autres. Dans le cas d'une indivisibilité absolue, non seulement l'obligation, passive ou active, des autres débiteurs ou créanciers subsiste, mais elle subsiste pour le tout; elle n'est pas éteinte pour la part du débiteur ou du créancier qui est sorti de l'obligation; son indivisibilité complète s'y oppose. L'obligation de construire une maison, par exemple, n'a pu s'éteindre pour partie à l'égard des débiteurs ou des créanciers qui ont conservé cette qualité; par cela seul qu'une action subsiste dans l'espèce, elle doit subsister pour le tout, Il n'en est pas moins vrai que le créancier commun ou celui des créanciers qui obtient l'exécution intégrale de l'obligation, reçoit plus qu'il ne reste réellement dû; il reçoit indûment la part du débiteur libéré ou du créancier qui est sorti de l'obligation; donc il est tenu de restituer en argent la valeur de cette part. Supposons que Primus et Secundus se soient engagés à bâtir une maison; le créancier remet la dette à Primus. Secundus demeurera tenu de construire la maison entière; mais s'il dépense 10000 de ce chef, le créancier devra lui restituer 5000[50]. Ces règles s'appliquent à une remise

(47) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 81 § 1.

(48) Molitor, cité, I, n° 249, déclare cette novation impossible dans le cas d'une indivisibilité absolue, parce que la remise ne peut se faire que pour le tout, à tous les débiteurs. Mais la novation dont il s'agit porte précisément sur la totalité de l'obligation indivisible. — (49) D. 46, 3, *de solut.*, L. 81 § 1.

(50) Secundus pourrait aussi exercer contre Primus un recours pour 5000; après quoi, Primus n'ayant pas profité de la remise de la dette, serait en droit de se faire indemniser par le créancier.

de dette consentie à l'un des débiteurs ou par l'un des créanciers[51], alors même qu'elle aurait eu lieu par acceptilation, au jugement d'absolution rendu en faveur de l'un des débiteurs ou contre l'un des créanciers[52], à la prestation du serment décisoire de la part de l'un des débiteurs ou vis-à-vis de l'un des créanciers, etc.

B) *Indivisibilité de payement.* Dans le cas d'une simple indivisibilité de payement, les autres débiteurs restent tenus et les autres créanciers conservent leur action, mais seulement pour partie; rien ne s'oppose à cette division, puisque la dette elle-même est divisible. Supposons que Primus et Secundus doivent 1000 as ou 100 mesures de froment; le créancier remet la dette à Primus; Secundus ne devra plus que 500 as ou 50 mesures de froment[53]. Mais l'obligation ainsi réduite demeure indivisible quant au payement, comme toute autre obligation alternative ou d'un genre proprement dit[54]. Il en sera ainsi d'une remise de dette consentie à l'un des débiteurs ou par l'un des créanciers[55], d'un jugement

(51) Molitor, cité, I, n° 249, et Maynz, II, § 192, Observ. 3, n° 4, refusent toute efficacité à cette remise de dette, en se fondant sur ce que l'obligation absolument indivisible ne peut s'éteindre pour partie; arg. D. 46, 4, *de acceptil*, L. 13 § 1. Nous reconnaissons l'impossibilité de cette extinction partielle, conformément au texte précité. Mais la remise accordée par l'un des débiteurs porte sur toute sa dette, et la remise accordée par l'un des créanciers a pour objet sa créance entière; pourquoi donc la convention libératoire serait-elle inopérante entre parties? comment ne donnerait-elle pas lieu à la restitution pécuniaire susdite?

(52) D'après Molitor, cité, I, n° 249 initio, l'absolution du débiteur unique vis-à-vis de l'un des créanciers pourrait être opposée aux autres créanciers; arg. D. 8, 5, *si serv. vindic.*, L. 19; cf. Maynz, I, § 69 et note 46, cbn. avec le T. II, § 192. Mais il résulte seulement du texte invoqué que le jugement qui dénie une servitude prédiale à l'un des copropriétaires du fonds dominant, a effet à l'égard des autres; il dénie nécessairement la servitude pour le tout; il y aurait contrariété entre ce jugement et une sentence nouvelle qui reconnaîtrait la même servitude à un autre copropriétaire. Par contre, chaque créancier d'une obligation indivisible n'est créancier que pour partie; le débiteur commun peut, sans contradiction aucune, être absous vis-à-vis de l'un des créanciers et condamné envers l'autre, de la même manière qu'à l'occasion d'une obligation divisible. Cf. Vangerow, I, § 173, *Anm.*, n° V.

(53) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 3 " Si tamen hominem stipulatus cum uno ex " heredibus promissoris egero, pars dumtaxat ceterorum obligationi supererit, " ut et solvi potest. Idemque est, si uni ex heredibus accepto latum sit. § 4 " Idemque est in ipso promissore et fidejussoribus ejus, quod diximus in here- " dibus ".

Cf. D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 17 « Qui hominem aut decem stipulatus est, si « quinque accepto fecerit, partem stipulationis peremit et petere quinque aut « partem hominis potest ». — (54) Arg. L. 17 cit.

(55) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 3 i. f. cbn. avec l'initium; cf. D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 17.

d'absolution rendu en faveur de l'un des débiteurs ou contre l'un des créanciers[56], de la prestation du serment décisoire, etc.

§ 339. DU RECOURS AUQUEL DONNE LIEU L'OBLIGATION INDIVISIBLE.

1° Le débiteur qui a payé pour le tout la dette indivisible, a indistinctement un recours contre ses codébiteurs. Comme chacun n'est débiteur que pour partie, celui qui exécute l'obligation entière, paye à la fois sa dette et celle de ses coobligés; à ce second point de vue, le payant gère l'affaire de ses codébiteurs; comme tel il dispose contre eux de l'action contraire de gestion d'affaires[1]. Mais le plus souvent les codébiteurs seront des cohéritiers; celui d'entre eux qui aura payé intégralement le créancier, exercera son recours contre les autres par l'action *familiae erciscundae*[2]. Il pourra aussi y avoir lieu à l'action *communi dividundo*[3], à l'action *pro socio*[4] ou à l'action contraire de mandat. Le recours sera ouvert contre chaque codébiteur pour une part individuelle ou en proportion de sa part héréditaire, selon que la pluralité des débiteurs existait dès le principe ou par suite de la succession héréditaire[5].

2° De même celui des créanciers qui reçoit le payement intégral de la dette indivisible, est d'une manière générale soumis à un recours de la part de ses cocréanciers pour une portion virile ou en proportion de la part héréditaire. En réalité il est seulement créancier pour partie; donc il a reçu sa créance et celle de ses cointéressés; sous ce dernier rapport, il s'est enrichi aux dépens et à l'aide de la créance des autres, ce qui justifie une *condictio sine causa* de la part de ces derniers[6].

(56) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 3 initio.

(1) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 30 (31) § 7.

(2) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 2, vis sed quo casu..... judicio. Cela suppose que l'hérédité n'est pas encore partagée; si le partage a précédé l'exécution de l'obligation indivisible, chacun des héritiers peut, à l'*actio familiae erciscundae*, exiger une caution des autres pour le cas où il payerait seul la dette entière; arg. D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 9, 10 et 13, vis Idem juris est... ..... partem praestiturum.

(3) D. 39, 3, *de aqua et aq. pluv. arc.*, L. 11 § 1.

(4) Arg. D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 14 initio.

(5) sauf s'il existe entre parties des rapports obligatoires spéciaux. En ce qui concerne le recours du chef du payement des dommages et intérêts ou de la peine, il tendra à faire supporter à chacun des débiteurs sa part individuelle ou héréditaire dans la dette; D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 25 § 10. Dans le cas d'une obligation de ne pas faire, si l'un des débiteurs vient à y manquer, lui seul supportera les dommages et intérêts ou la peine; après les avoir payés intégralement au créancier, il sera sans recours contre ses coobligés (D. *eod.*, L. 44 § 5 initio) et ceux-ci qui auraient dû payer leur part et portion, jouiront d'un recours contre lui; L. 44 § 5 cit. i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 2 § 5. Cf. le paragraphe précédent n° III, A, 2°, et SAVIGNY, cité, I, § 34, p. 366.

(6) Cf. T. IV, § 480, IV, A. Une action *in factum* est aussi fondée.

§ 340. DIFFÉRENCES ENTRE LA SOLIDARITÉ ET L'INDIVISIBILITÉ DES OBLIGATIONS.

La solidarité tient à la nature de la dette, c'est-à-dire que chacun des débiteurs ou créanciers solidaires est vraiment débiteur ou créancier pour le tout. L'indivisibilité tient seulement à l'objet ou à la forme de l'obligation ; si plusieurs débiteurs ou créanciers interviennent dans une obligation indivisible, chacun n'est en réalité débiteur ou créancier que pour partie. Mais la division de la dette est impossible à raison d'un obstacle matériel résultant de l'objet ou de la forme du rapport obligatoire ; partout où se rencontre cet obstacle, chacun des débiteurs ou créanciers doit être traité comme débiteur ou créancier pour le tout[1]. De là les différences suivantes :

1° L'obligation solidaire se divise entre les héritiers des parties[2]. L'obligation indivisible conserve ce caractère à l'égard des héritiers[3] ; l'indivisibilité a ici plus de force que la solidarité.

2° Si la solidarité est conventionnelle et que la dette ait été contractée dans l'intérêt commun, le débiteur poursuivi pour le tout peut mettre en cause ses codébiteurs solvables et présents, à l'effet de faire diviser la condamnation[4]. Si l'obligation est indivisible, le débiteur actionné pour le tout peut d'une manière absolue mettre en cause ses codébiteurs, dans le double but de faire condamner chacun d'eux pour le tout et de faire statuer d'avance sur le recours éventuel de celui des débiteurs qui exécutera l'obligation entière[5].

3° Les débiteurs solidaires sont tenus pour le tout des dommages et intérêts comme de la peine, sauf que les débiteurs non coupables doivent seulement les dommages et intérêts jusqu'à concurrence de l'estimation de la dette[6]. Dans le cas d'une obligation indivisible, chacun des débiteurs est tenu pour partie des dommages et intérêts comme de la peine, du moins en règle générale[7].

4° L'extinction de l'obligation solidaire entre l'un des débiteurs et l'un des créanciers a de l'effet vis-à-vis de tous, à moins que le mode d'extinction ne soit personnel à l'un des débiteurs ou à l'un des créanciers[8]. Étant donnée une obligation indivisible, l'extinction profite seulement aux codébiteurs si le créancier commun a été satisfait, et elle nuit seulement aux cocréanciers si elle a tourné à leur profit. En dehors de ces cas, l'obligation indivisible subsiste pour le tout vis-à-vis des autres débiteurs ou créanciers[9].

(1) Cf. § 338 initio. Dans l'exposé qui va suivre, nous nous attacherons à l'indivisibilité absolue de l'obligation; pour les particularités de l'indivisibilité de payement nous nous référons au § 338. — (2) Cf. § 334, I initio.

(3) Cf. § 338, I i. f. — (4) Cf. § 334, I, A. — (5) Cf. § 338, I initio.

(6) Cf. § 334, III. — (7) Cf. § 338, III, A, 2°. — (8) Cf. § 334, IV.

(9) Cf § 338, IV.

5° Le débiteur solidaire qui a payé intégralement le créancier commun, ne dispose d'un recours contre ses codébiteurs que si la dette leur a profité, et le créancier solidaire qui a reçu le payement intégral du débiteur commun, n'est soumis à un recours de la part de ses cocréanciers que si la créance devait leur profiter[10]. Entre débiteurs comme entre créanciers d'une obligation indivisible, le recours existe d'une manière absolue[11].

Section VIII. — **Des dettes d'argent;** § 341.

I. Le débiteur d'une somme d'argent doit payer en espèces ayant cours au moment du payement; des espèces n'ayant pas cours alors ne peuvent être considérées comme de la monnaie[1]. D'après l'intention présumée des parties, les pièces de monnaie présentées par le débiteur doivent aussi avoir cours au lieu du payement[2]. Pour le surplus, le débiteur est libre de payer en espèces quelconques. Les parties peuvent déroger à ces règles, notamment convenir que le payement se fera en une monnaie déterminée[3]. Mais, même dans le dernier cas, le débiteur a la faculté de payer en toute sorte de pièces de monnaie, si le créancier n'a aucun intérêt à recevoir la monnaie convenue[4], ou bien si celle-ci n'existe plus ou est devenue tellement rare qu'il n'est possible de se la procurer qu'à un prix excessif[5]. A l'aide des espèces indiquées, le débiteur doit payer la somme numérique qui fait l'objet de son obligation, 1000, 10 000, 100 000 sesterces[6]. En d'autres termes, la valeur nominale de la monnaie est décisive; sa valeur intrinsèque ou métallique n'est

(10) Cf. § 335. — (11) Cf. § 339.

(1) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 24 § 1 « Qui reprobos nummos solvit creditori, « an habet pigneraticiam actionem quasi soluta pecunia, quaeritur : et constat « neque pigneraticia eum agere neque liberari posse, quia reproba pecunia non « liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis ». Voyez encore D. 46, 3, *de solut.*, L. 102 pr.

Quid si des pièces sont sensiblement détériorées? Elles doivent être réputées hors cours; arg. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 24 § 1, et C. 11, 11 (10), *de vet. numism. pot.*, L. 1. — (2) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 102 pr.

(3) D. *eod.*, L. 99 « Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam « nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit ». D'après ce texte le débiteur éventuel, celui qui doit recevoir un prêt par exemple, peut refuser de recevoir des pièces de monnaie autres que celles qui ont été convenues. A côté de la leçon florentine « debitorem non esse » adoptée par Mommsen, existe la leçon vulgate « creditorem non esse », qu'ont suivie Haloander et les frères Kriegel; elle conduit au même résultat.

(4) Arg. D. 46, 3, *de solut.*, L. 99, vis si ex ea re damnum aliquid passurus sit.

(5) Arg. D. 30, *de leg. 1°*, L. 71 § 3.

(6) Cf. D. 13, 3, *de cond. tritic.*, L. 1 pr.

pas prise en considération[7]. Ce système conduit aux conséquences suivantes :

1° Si la valeur *métallique* de la monnaie vient à changer, soit que sa valeur marchande diminue ou augmente, soit que l'État frappe des pièces de monnaie d'un titre différent, ces circonstances n'exercent pas d'influence sur le payement, aussi longtemps que la valeur nominale de la monnaie ne varie pas. Le créancier recevra le même nombre de pièces et, comme leur valeur intrinsèque a changé, il obtiendra une valeur inférieure ou supérieure à celle qu'il eût obtenue sans le changement.

2° Si la valeur *nominale* de la monnaie subit un changement, l'État ayant élevé ou abaissé la valeur de la monnaie existante, ce changement influe sur le payement. Le débiteur profitera de l'augmentation, puisqu'il devra payer un nombre moins considérable de pièces pour parfaire la somme numérique qui fait l'objet de son obligation, et il souffrira de la diminution, car il devra payer de ce chef plus de pièces de monnaie. Si, à cause d'une dépréciation du métal argent, l'Etat réduisait de moitié la valeur nominale d'une pièce d'argent, le débiteur devrait payer un nombre double de ces pièces.

Toutefois, la valeur intrinsèque de la monnaie doit être prise en considération, lorsque le système monétaire a été modifié dans l'intervalle entre le contrat et le payement. C'est ainsi que l'*aureus* ou *solidus* des Romains subit des réductions successives; au commencement de l'empire il pesait 8,18 gr.; sous le Bas-Empire son poids tombe à 4,55 gr.[8]. S'il survient un changement dans le système monétaire, il faut, pour maintenir la valeur économique de l'obligation, convertir la somme due d'après l'ancien système en une somme nouvelle, eu égard au changement intervenu; le débiteur doit payer cette dernière somme à l'aide des espèces nouvelles[9].

II. Si une dette a pour objet un nombre déterminé de pièces de monnaie d'une certaine catégorie, par exemple 100 pièces d'un solide, il se peut que les parties aient eu en vue une dette d'argent avec indication de l'espèce de monnaie qui doit être payée; dans ce cas on se conformera aux règles indiquées ci-dessus[10]. Mais, en thèse générale, il y aura une dette ordinaire d'une quantité

(7) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 1 pr., v^is electa materia est, cujus publica ac " perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis sub- " veniret. Eaque materia forma publica percussa *usum dominiumque non tam ex* " *substantia praebet quam ex quantitate..* „.

(8) Voyez T. I, § 65, I, 2° i. f.

(9) Cf. Puchta, *Pand.*, § 38, Savigny, cité, I, § 40-42, 44 et 45, Keller, § 247, Vangerow, III, § 570, *Anm.*, n^os I et II, Arndts, § 205, et Windscheid, II, § 256, n°s 1 à 4. — (10) n° I initio du présent paragraphe.

de choses fongibles; le débiteur devra payer l'espèce et le nombre convenus de pièces de monnaie. L'espèce convenue sera celle qui existait le jour du contrat, alors même que depuis elle aurait cessé d'avoir cours, et le débiteur devra le nombre promis de ces pièces, quelle que soit leur valeur nominale au jour du payement. Si les pièces convenues n'existent plus ou qu'à raison de leur rareté leur prix soit devenu excessif, la dette se convertit en une dette d'argent proprement dite[11], dont le montant sera déterminé par la valeur nominale des pièces dues lors du payement, si elles ont encore cours, et, dans le cas contraire, par leur valeur intrinsèque[12].

III. Parfois une dette a pour objet des pièces de monnaie déterminées, notamment dans le dépôt et le commodat[13]. C'est une dette ordinaire de corps certains, soumise à toutes les règles qui régissent cette sorte d'obligation[14]. Le débiteur ne doit que les pièces déterminées qui font l'objet de son obligation; il répond de sa faute et est libéré par la perte accidentelle des choses dues.

Section IX. — **De l'obligation de réparer un dommage;** § 342.

COHNFELDT, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht*, Leipzig, 1865.

I. L'obligation de réparer un dommage résulte d'une convention, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi.

1° Lorsqu'un débiteur contractuel manque à son obligation, c'est en vertu de la convention qu'il doit des dommages et intérêts à son créancier[1]. Si le bâtiment du voisin s'écroule sur notre immeuble après que le voisin nous a fourni la *cautio damni infecti*, c'est encore sur le fondement d'une convention que nous avons droit à la réparation du dommage causé par la chute de la construction[2]. De même le mandat, le dépôt, le commodat et le contrat de gage obligent, d'une manière plus ou moins générale, le mandant, le déposant, le commodant et celui qui constitue le gage, à réparer les pertes que le contrat cause à la partie adverse[3].

2° C'est à raison d'un quasi-contrat que le gérant d'affaires, le tuteur et le curateur ainsi que les communistes accidentels peuvent

(11) Arg. D. 30, *de leg. 1°*, L. 71 § 3.

(12) Cf. SAVIGNY, cité, I, § 43, p. 465-468, et VANGEROW, III, § 570, *Anm.*, n° III.

(13) D. 13, 6, *commod.*, L. 4. — (14) D. 30, *de leg. 1°*, L. 34 § 4.

(1) Cf. § 298. — (2) D. 39, 2, *de damno inf.*, L. 7 pr. et § 1. Cf. T. IV, § 503.

(3) D. 17, 1, *mand.*, L. 12 § 9. Cf. T. IV, § 403, II, 2°, § 429, II, § 435, II, et § 444, II, 2° et 3°. Une autre application, qui de nos jours a acquis un développement considérable, est le contrat d'assurance contre l'incendie ou la perte d'un navire; elle n'était guère connue des Romains que sous la forme du prêt à la grosse; cf. T. IV, § 466.

se faire indemniser du préjudice que leur cause l'administration des affaires d'autrui[4]. L'obligation de restituer l'indu est une autre obligation quasi-contractuelle de réparer un dommage[5]. Il en est de même de la responsabilité des hôteliers et bateliers quant aux effets des voyageurs ou passagers reçus dans leur hôtel ou bateau[6]; c'est encore sur un quasi-contrat que se base l'obligation de contribuer aux pertes maritimes faites dans le but de sauver un navire, conformément à la loi *Rhodia de jactu*[7].

3° L'obligation de réparer le dommage naît souvent d'un délit, public ou privé; le délit prévu par la loi *Aquilia*, le vol, la rapine et l'injure produisent une pareille obligation[8]. Celle-ci résulte encore parfois d'un acte illicite non délictueux, par exemple d'un trouble apporté à l'exercice d'une servitude.

4° Les quasi-délits obligent à la réparation du dommage qu'ils ont causé; il suffira de citer ici les actions noxales et l'action *de pauperie*[9].

5° Dans des cas nombreux, celui qui s'enrichit injustement aux dépens d'autrui, est obligé, en vertu de la loi, de restituer ce dont il s'enrichit[10]; c'est une obligation restreinte de réparer un dommage. Notamment les personnes incapables de s'obliger sont au moins tenues de restituer le profit qu'elles ont retiré du contrat conclu sans l'autorisation de leur tuteur ou le consentement de leur curateur[11]. De même les héritiers de l'auteur d'un délit sont obligés de rendre l'émolument qu'ils en ont retiré[12], etc.[13].

II. En ce qui concerne l'objet de l'obligation de réparer un dommage, comme nous l'avons déjà expliqué à l'occasion des dommages et intérêts dus pour inexécution d'une obligation[14], le débiteur doit généralement réparer tout le dommage causé. Il est indifférent que celui-ci soit direct ou indirect[15], intrinsèque ou extrinsèque[16], positif ou négatif[17]; le débiteur est tenu alors même que par la suite il se produit un autre événement qui eût amené la perte dont il s'agit si elle n'avait déjà été causée par le débiteur[18]. Mais il faut que le dommage soit réel[19]. Il doit avoir été véritablement causé par l'acte dont on se plaint; l'auteur de cet acte n'est pas tenu de réparer le préjudice résultant d'une autre cause, bien que son acte,

(4) Cf. T. IV, § 474 initio. — (5) T. IV, § 480-481. — (6) T. IV, § 479.
(7) T. IV, § 476-478. — (8) T. IV, § 484-494. — (9) T. IV, § 495-499.
(10) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 14; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 206.
(11) D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 5 pr. i. f. Cf. T. III, § 329, II, 3°.
(12) D. 47, 8, *vi bonor. rapt.*, L. 2 § 27 i. f. cbn. avec l'initium; cf. T. III, § 485, 1° i. f. Voyez encore D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 15 pr., § 1-2, et D. 13, 1, *de cond. furt.*, L. 4. — (13) Cf. T. III, § 329, III. — (14) T. III, § 298, I.
(15) § 298 et notes 5-6. — (16) § 298 et note 7. — (17) § 298 et note 8.
(18) § 298 et notes 9-11. — (19) § 298 et notes 12-13.

s'il avait pu développer tous ses effets, eût amené le même dommage[20]. On n'est pas admis à demander la réparation d'un dommage qu'on a subi par sa propre faute[21], à moins que l'adversaire ne se soit rendu coupable d'un dol; dans le dernier cas, c'est ce dol qui constitue la cause principale du dommage[22]. Celui qui agit en réparation d'un préjudice, doit fournir la preuve que celui-ci a été causé réellement et par le fait de l'adversaire[23]. — Parfois l'obligation de réparer un dommage comporte des restrictions. Le débiteur contractuel ou quasi-contractuel doit seulement réparer le préjudice qu'il a prévu ou que du moins il aurait pu et dû prévoir au moment de la formation de l'obligation[24]. Dans d'autres cas, on ne doit restituer que ce dont on s'est enrichi[25] ou la valeur de la chose perdue[26], etc.[27].

III. Au point de vue de l'évaluation des dommages et intérêts, les règles à suivre sont encore celles qui ont été indiquées pour le cas d'inexécution d'une obligation[28]. Le juge doit avoir égard au dommage concret éprouvé par la partie lésée, mais non à un simple intérêt d'affection. Il doit, en procédant à cette estimation, se référer au moment du jugement ou à celui de la *litis contestatio*, selon qu'il s'agit d'obligations de bonne foi ou d'obligations de droit strict[29]. L'estimation doit se rapporter au lieu du payement[30].

IV. L'auteur d'un dommage peut-il opposer en compensation le bénéfice que, sous un autre rapport, il a procuré à la partie lésée[31]? Il faut distinguer. La compensation n'est pas admise si le bénéfice résulte d'un autre acte qui constituait l'exécution d'une obligation; si par un pareil acte on a procuré un profit, on n'a fait que ce qu'on était tenu de faire; dès lors on ne peut l'invoquer à sa décharge. Tel est le cas d'un mandataire qui fait un acte de mauvaise gestion et un acte de gestion profitable au mandant[32].

(20) § 298 et notes 14-16.

(21) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 203; D. 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 9 § 4, v^is^ sed si cum alii..... facere.

(22) L. 9 § 4 cit. i. f.; cf. § 298 et notes 17-21. Le cas de convention contraire déroge aussi à la règle générale; c'est ainsi que l'assurance contre l'incendie comprend, d'après la volonté présumée des parties, l'incendie dû à la simple faute de l'assuré. — (23) Cf. T. III, § 298 et notes 22-24. — (24) § 298, II.

(25) Cf. le n° I, 5°, du présent paragraphe, et T. IV, § 480-481.

(26) D. 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, L. 2 § 4 initio.

(27) T. III, § 298 et notes 35-40. — (28) § 298, III initio

(29) Pour le cas de demeure, voyez T. III, § 303, I, 2°, et § 304, 1° i. f.

(30) T. III, § 298 et note 34.

(31) Oertmann, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im röm. u. deutschen B. R.*, Berlin, 1901. — Stintzing, *Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz statt?* Leipzig, 1905.

(32) D. 17, 2, *pro socio*, L. 23 § 1, L. 25, L. 26; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 39 § 14.

Mais on est autorisé à compenser un dommage causé avec le bénéfice qu'on a procuré par un autre acte purement volontaire; l'équité commande ici la compensation de la perte et du gain; par exemple un gérant d'affaires cause une perte au maître par un acte de mauvaise gestion, tandis que, par un autre acte qu'il n'était en aucune façon tenu de faire, il lui procure un gain[33]. Il se peut aussi que le dommage et le bénéfice résultent d'un seul et même acte; quelqu'un s'est chargé de transporter des marchandises par le vaisseau A; il les place sur le vaisseau B, et les deux navires viennent à périr. Le batelier n'est pas responsable; en réalité il n'a causé aucun dommage[34].

Section X. — **De l'obligation de payer des intérêts.**

D. 22, 1, *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.*
C. 4, 32, *de usuris.*

§ 343. NOTIONS GÉNÉRALES.

I. Les intérêts (*usurae*, de *usus*, usage; encore *faenus*[1]) sont la valeur d'usage d'une quantité de choses fongibles; cette dernière quantité s'appelle capital (*sors*). Les choses fongibles d'une espèce déterminée ont une valeur uniforme et leur usage a une valeur également uniforme; cette valeur consiste en un tantième pour cent du capital; ce tantième c'est l'intérêt. Il représente la valeur d'usage du capital, peu importe que le débiteur use ou non de ce dernier. Les intérêts sont surtout usuels à l'occasion des dettes d'argent, mais des dettes d'une quantité d'autres choses fongibles peuvent être aussi productives d'intérêts; on peut prêter à intérêt cent mesures de froment[2]. La dette d'intérêts est l'accessoire de l'obligation de payer le capital[3] et l'accessoire suit toujours le principal. De là diverses conséquences :

1° Si l'obligation de payer le capital est nulle, il en est de même de la dette d'intérêts; dans ce cas, les intérêts payés par erreur sont sujets à répétition[4].

(33) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 10 (11) i. f. Voyez en ce sens COHNFELDT, cité, § 14, 2, p. 168-174, et VANGEROW, III, § 571, *Anm.* 1. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 765, et STINTZING, cité, p. 1-31.

(34) D. 14, 2, *de lege Rhodia de jactu*, L. 10 § 1 initio. Voyez encore D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 7 § 4, vis Est et alia exceptio..... aeque perituris aedibus. Cf. T. III, § 298 et note 13.

(1) VARRON, *de lingua lat.* V, 183, vis ex usu usura dicta; ISIDORE, *Origines* V, 25, vis Usura est incrementum foenoris, ab usu aeris crediti nuncupata.

(2) C. *h. t.*, L. 11 (12), L. 16, L. 23.

(3) C. 4, 28, *ad sctum Maced.*, L. 3 initio; C. 5, 37, *de adm. tut.*, L. 24 § 1 i. f.

(4) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26, § 2. Le payement prolongé des intérêts fait-il présumer l'existence d'une obligation principale? Il n'existe aucun motif

2° L'hypothèque, la fidéjussion et la peine conventionnelle garantissent à la fois le principal et les intérêts[5].

3° Si la dette du capital s'éteint, les intérêts cessent de courir[6]; mais les intérêts qui ont déjà couru restent dus[7].

II. A la notion de l'intérêt se lie celle de l'escompte.

A) Une dette à terme et improductive d'intérêt ne vaut pas son montant nominal; le débiteur peut placer son argent à intérêt jusqu'à l'expiration du terme et, après avoir perçu les intérêts, les faire servir à l'acquittement de sa dette le jour de l'échéance, de manière à diminuer l'étendue de l'obligation. Cette différence entre la valeur nominale d'une dette à terme et improductive d'intérêt et sa valeur réelle constitue l'escompte, l'*interusurium*[8], le *commodum medii temporis*[8] *vel repraesentationis*[9]. Il y a surtout lieu au calcul de l'escompte dans les circonstances suivantes :

1° Le débiteur à terme d'un capital non productif d'intérêts ne peut pas contraindre le créancier d'accepter un payement anticipé, en déduisant l'escompte[10]. Mais il peut, par une convention spéciale intervenue lors du contrat principal ou après coup, se réserver la faculté de payer avant l'échéance, déduction faite de l'escompte[11]. Il peut aussi répéter l'escompte dans le cas d'un payement anticipé fait par erreur[12].

d'admettre une semblable présomption; arg. C. *h. t.*, L. 7. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 6 § 1. Dans l'espèce de cette loi il y a une obligation principale; le père est tenu de doter sa fille sans fortune (D. 23, 2, *de ritu nupt.* L. 19); il résulte seulement de la loi 6 § 1 cit. que le payement des intérêts de la part du père de la femme prouve le non-payement de la dot et sert à en déterminer le montant.

(5) Voyez T. II, § 268, et T. III, § 315, I.

(6) D. *h. t.*, L. 7 initio; D. 46, 2, *de novat.*, L. 18. Cf. T. III, § 293, II, 3°.

(7) sauf que, en vertu d'une décision de Justinien (C. *h. t.*, L. 26 pr.), si l'obligation principale s'est éteinte par prescription, les intérêts sont également prescrits; voyez encore le paragraphe suivant n° II. L'obligation de payer les intérêts a en outre ses causes d'extinction propres; elle est remise tacitement, en tout ou en partie, si pendant longtemps le créancier s'abstient de demander les intérêts (D. *h. t.*, L. 17 § 1; D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 54) ou bien s'il se contente d'intérêts moindres que ceux qui lui étaient dus; D. *h. t.*, L. 13 pr.; C. *h. t.*, L. 5, L. 8.

(8 c'est-à-dire l'avantage des intérêts pendant la période intermédiaire.

(9) l'avantage du payement fait avant l'échéance. — (10) Cf. T. III, § 290, I.

(11) D'après le D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 24 § 2, le mari qui ne peut ou ne veut fournir caution, est déchu du bénéfice du délai dont il jouit pour la restitution de certains biens dotaux; il doit payer immédiatement; s'il ne peut se procurer la caution, il est autorisé à déduire l'escompte. Il ne s'agit pas ici d'un débiteur qui offre le payement avant l'échéance, mais d'un débiteur contraint par la loi à faire un payement anticipé et obtenant par une juste réciprocité le bénéfice de l'escompte. VANGEROW, III, § 587, *Anm.*, n° VII i. f., et WINDSCHEID, II, § 274, note 1. Cf. MOLITOR, cité, II, n° 988, n° 1 i. f., et MAYNZ, T. II, § 185, note 7, T. III, § 313 i. f. — (12) Cf. T. III, § 290, I.

2° Lorsqu'un débiteur à terme paye avant l'échéance, en fraude de ses autres créanciers, ceux-ci peuvent par l'action Paulienne réclamer la restitution de l'escompte[13].

3° Au point de vue de la quarte Falcidie, il est indispensable de recourir à l'escompte pour connaître la valeur véritable des legs[14], des créances[15] et des dettes[15] à terme ainsi que des legs de servitudes personnelles[16] ou de rentes temporaires[17].

4° Pour l'estimation de la légitime, les créances et les dettes héréditaires à terme sont soumises à l'escompte.

5° Dans le cas d'une *in diem addictio*, lorsqu'il se produit une offre à terme, il faut l'escompter pour savoir si elle est meilleure qu'une offre pure et simple[18].

B) Mais comment se détermine l'escompte? On doit chercher un capital qui, placé à intérêt jusqu'à l'exigibilité de la dette qu'il s'agit d'escompter, reproduise à ce dernier moment le montant nominal de la dette. Le capital ainsi trouvé représente la valeur réelle de la dette; en y ajoutant les intérêts qu'il peut produire jusqu'à l'échéance, on obtient le montant nominal de la dette. Ce mode de calcul de l'escompte fut préconisé au commencement du dix-huitième siècle par un jurisconsulte allemand appelé Hoffmann[19], qui donna son nom au système. On lui donne encore la qualification d'escompte en dedans[20].

(13) D. 42, 8, *quae in frau l. cre lit.*, L. 10 § 12, L. 17 § 2.

(14) D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 45 pr., L. 73 § 4.

(15) Arg. L. 45 pr., L. 73 § 4 cit.

(16) Cf. D. *eod.*, L. 68 pr. i. f. — (17) L. 68 pr. cit.

(18) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 15 § 1 i. f. — (19) POLACK, *Mathes. forens.*

(20) Voyez dans le sens de Hoffmann UNTERHOLZNER, cité, I, § 132, MOLITOR, cité, II, n° 988 i. f., SINTENIS, II, § 91, note 25, et MAYNZ, II, § 185.

Quelques interprètes, tout en acceptant le principe de ce système proposent d'avoir égard aux intérêts composés, donc de chercher un capital qui, placé à intérêts composés jusqu'à l'échéance, reproduise le montant nominal de la dette. Ce calcul de l'escompte fut défendu par Leibnitz, *Medit. jur. math. de interus.* in *Actis eruditorum*, 1683; voyez dans le même sens OETTINGER, *Civil Archiv* XXIX (1846), p. 33-111. Le système de Leibnitz, irréprochable au point de vue mathématique, ne convient guère à la pratique. Il suppose que les intérêts sont toujours acquittés à jour fixe et qu'ils sont toujours placés le même jour, quelque modiques qu'ils soient et jusqu'au dernier sesterce, autant de pures hypothèses. Arg. D. *h. t.*, L. 15.

Au XVIIe siècle, Carpzow (*Decis.*, P. III, d. 275) soutint un mode de calcul de l'escompte connu sous le nom d'escompte en dehors. Il escompte la dette à terme en déduisant du montant de celle-ci les intérêts que le capital nominal peut produire jusqu'à l'échéance. Ce calcul réduit trop la valeur de la créance à terme. Si on place à intérêt jusqu'à l'échéance la prétendue valeur réelle de la créance qu'on obtient par ledit calcul, on n'atteint pas du tout le capital nominal; car, au lieu de percevoir les intérêts du capital nominal, on perçoit

§ 344. DES CAUSES DE L'OBLIGATION DE PAYER DES INTÉRÊTS.

I. L'obligation de payer des intérêts résulte, soit d'une convention ou d'un quasi-contrat, soit de la loi.

A) La source principale est la convention. Si le contrat principal est de bonne foi, un simple pacte ajouté immédiatement à ce contrat fait naître l'obligation civile de payer les intérêts(1); mais si le contrat principal est de droit strict, la convention relative aux intérêts doit être revêtue de la forme de la stipulation(2). L'obligation de payer des intérêts peut dériver aussi d'un quasi-contrat; si on lègue à quelqu'un une somme d'argent avec les intérêts jusqu'au jour du payement(3), le grevé doit ces intérêts au légataire en vertu d'un quasi-contrat. Les intérêts fondés sur une convention ou sur un quasi-contrat sont appelés volontaires (*usurae*

seulement les intérêts du capital escompté. 10000 sont payables dans dix ans; l'escompte en dehors à 5 °/₀ réduit la créance à 5000; en plaçant ces 5000 à l'intérêt simple de 5 °/₀ pendant dix ans, on n'obtient que 7500; même le placement à l'intérêt composé de 5 °/₀ donne beaucoup moins de 10000. Ce calcul est cependant adopté par Africain au D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 88 § 3. Quelqu'un avait laissé une hérédité de 200, dont 100 avaient été légués à A purement et simplement et 100 à B sous condition. L'héritier paya 100 à A et, pendant que la condition de l'autre legs était en suspens, il retira 25 d'intérêts des 100 restants; L. 88 § 3 cit. initio. La condition s'étant accomplie, *quid* de la Falcidie? Elle était originairement d'un quart de 200, soit de 50. L'héritier a droit en outre aux intérêts de ces 50 à partir du décès du testateur; comme Africain suppose que ces intérêts sont de 5, la quarte s'élève à 55. L'héritier n'ayant perçu que 25 d'intérêts, il lui manque 30 pour avoir sa quarte; c'est donc de 30 que les légataires A et B doivent être réduits; L. 88 § 3 cit., v^is Legis Falcidiae ratio..... conferenda. Dans quelle mesure chacun d'eux le sera-t-il? En proportion du montant de son legs. Or Africain décide que la réduction de 30 doit être subie par A pour les 4/7 et par B pour les 3/7; L. 88 § 3 cit. i. f. Comme le legs de A est de 100, celui de B est estimé à 75; l'escompte est de 25, c'est-à-dire du montant des intérêts que l'héritier avait retirés des 100 constituant la valeur nominale du legs. Africain escompte d'après la méthode de Carpzow. Mais il se laisse déterminer par le fait que, dans l'espèce, l'héritier avait perçu réellement 25 d'intérêts. Keil (*Das Interusurium*, Iéna, 1854), Vangerow (III, § 587, *Anm.*, n^os I-VI) et Windscheid (II, § 274) proposent d'appliquer selon les circonstances le système de Hoffmann ou celui de Leibnitz.

(1) D. 16, 3, *depos.*, L. 24 i. f., L. 26 § 1; D. 17, 1, *mand.*, L. 34 pr.

(2) C. *h. t.*, L. 3 initio; voyez cependant T. IV, § 440, 5° i. f. Si pendant de longues années le débiteur paye les intérêts, ce payement implique une reconnaissance tacite de l'obligation naturelle de payer les intérêts; le débiteur est maintenant tenu civilement de continuer à les servir; D. *h. t.*, L. 6 pr. Mais il faut un payement prolongé des intérêts; C. *h. t.*, L. 7; C. 2, 3, *de pact.*, L. 28. C'est à tort qu'on a voulu voir ici une obligation créée par la prescription. Cf. Schilling, III, § 243 et note q, Maynz, II, § 183, note 4 i. f., et Windscheid, II, § 259, note 7 i. f. — (3) D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 3 § 6.

*voluntariae**)(4). Dans les premiers siècles de Rome, on paraît les avoir calculés par an; mais, vers la fin de la république, s'introduisit l'habitude de les fixer par mois(5). Quand l'intérêt s'abaissait au-dessous de 1 % par mois, on le désignait par les fractions de l'*as*, donc par des onces; s'il s'élevait au-dessus de 1 % par mois, on recourait aux multiples de l'*as*(6).

B) La loi est une autre source de l'obligation de payer des intérêts; on parle alors d'intérêts légaux (*usurae legales** ou *necessariae**)(7). En général, les intérêts légaux sont dus par le débiteur qui prive injustement le créancier de l'usage de son capital :

1° Le débiteur d'une somme d'argent en doit les intérêts à partir de sa demeure(8) ou de la *litis contestatio*(9), selon qu'il s'agit d'obligations de bonne foi ou d'obligations de droit strict. Les défendeurs condamnés à une somme d'argent sont tenus d'en payer les intérêts après l'expiration des quatre mois accordés pour l'exécution de la condamnation(10).

2° Tout administrateur des biens d'autrui (mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires) doit les intérêts des fonds de son principal, lorsqu'il les applique à son usage personnel(11) ou les

(4) Ils sont conventionnels ou testamentaires; mais cette division est dépourvue d'utilité pratique.

(5) Cf. § 345, note 2. Ils étaient d'ordinaire payables aux calendes (Horace, *Épodes* II, v. 70; *Satyres* I, 3, v. 87); de là le nom de *kalendarium* donné au livre où l'on tenait note des intérêts à recevoir; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 41 initio; D. 31, *de leg. 2°*, L. 88 pr.

(6) Les principaux tantièmes d'intérêts étaient dénommés comme suit :

1 %	par	mois,	donc	12 %	par	an,	*centesimae*	*usurae.*
3/4 %	„	„	„	9 %	„	„	*dodrantes*	„
2/3 %	„	„	„	8 %	„	„	*besses*	„
1/2 %	„	„	„	6 %	„	„	*semisses*	„
1/3 %	„	„	„	4 %	„	„	*trientes*	„
1/4 %	„	„	„	3 %	„	„	*quadrantes*	„
1/6 %	„	„	„	2 %	„	„	*sextantes*	„
1/12 %	„	„	„	1 %	„	„	*unciariae*	„
2 %	„	„	„	24 %	„	„	*binae*	„
3 %	„	„	„	36 %	„	„	*trinae*	„

Voyez encore D. *h. t.*, L. 17 § 8, C. *h. t.*, L. 26 § 2, et Schilling, III, § 242 i. f.

(7) On distingue sans nécessité des intérêts légaux proprement dits et des intérêts dus à titre de peine, *usurae punitoriae**.

(8) D. *h. t.*, L. 1 pr., L. 32 § 2; D. 30, *de leg. 1°*, L. 39 § 1. Cf. Schilling, III, § 238 et note r.

(9) D. *h. t.*, L. 35; C. 6, 47, *de usur. et fruct. legat.*, L. 2 § 2 i. f. Cf. T. III, § 303, I, 1e i. f. et II. — (10) C. 7, 54, *de usur. rei judic.*, L. 2, L. 3 § 2 i. f.

(11) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 18 § 4 initio, L. 37 (38); D. 17, 1, *mand.*, L. 10 § 3 i.f.; C. 5, 56, *de usur. pupill.*, L. 1.

laisse improductifs[12] ou néglige de les faire rentrer[13]. Réciproquement il peut réclamer les intérêts de ses débours légitimes[14].

3° L'acheteur doit les intérêts du prix à partir de la tradition de la chose[15] et même depuis le jour du contrat si, la chose étant frugifère, il réclame les fruits[16], à moins que la vente n'ait été faite à crédit[17].

4° Si une vente est rescindée, l'acheteur a droit à la restitution du prix avec les intérêts[18].

5° Les intérêts courent de plein droit en faveur des mineurs[19] et du fisc[20] à raison de créances quelconques, en faveur des établissements d'utilité publique dans le cas où un legs leur a été fait[21], ainsi qu'en faveur de la dot; celui qui a constitué une dot adventice doit les intérêts à partir de la promesse[22] et le mari qui ne restitue pas les biens dotaux autres que les immeubles dans l'année après la dissolution du mariage, doit les intérêts de leur estimation[23].

Quel est le taux de l'intérêt légal? En général c'est le taux résultant de l'usage des lieux; car il est probable que si le créancier avait eu à sa disposition le capital dû, il en aurait retiré les intérêts usuels dans la localité. Le créancier ne doit pas établir qu'il eût réellement placé son capital au taux ordinaire; il est dispensé de cette preuve à raison des grandes difficultés qu'elle présente[24]. Toutefois le créancier n'a jamais droit à plus de 6 °/₀[25]; il est défendu de stipuler des intérêts d'un taux supérieur et on ne peut avoir égard à une coutume locale qui déroge à une loi générale[26]. Dans plusieurs cas, le taux de l'intérêt légal est fixé d'une manière absolue par la loi, indépendamment de l'usage

(12) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 18 (19) § 4 initio, L. 30 (31) § 3; D. 17, 1, *mand.*, L. 12 § 10; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7 § 8, L. 15. — (13) L. 15 cit.

(14) D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 18 (19) § 4 i. f.; D. 17, 1, *mand.*, L. 12 § 9; D. *h. t.*, L. 37; D. 27, 4, *de contr. tut. et ut. act.*, L. 3 § 1 et 4.

(15) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 20 i. f.; C. 4, 49, *eod.*, L. 5; D. *h. t.*, L. 18 § 1.

(16) *Vatic. fragm.* 2, v^is^ vice mutua. — (17) Cf. T. IV, § 398, II, 1°.

(18) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 29 § 2; D. 4, 4, *de minor.*, L. 27 § 1 i. f. Cf. D. *h. t.*, L. 18 pr. Cf. T. III, § 390, I, F, 1°, et T. IV, § 398*a*, III, A, 2°.

(19) Arg. D. 40, 5, *de fideic. libert.*, L. 26 § 1 i. f.; C. 2, 40 (41), *in quib. caus. in integr. restit.*, L. 3. — (20) D. *h. t.*, L. 17 § 5; D. 39, 4, *de public.*, L. 10 § 1.

(21) C. 1, 3, *de episc. et clerc.*, L. 45 (46) § 4; Nov. 131, c. 12.

(22) C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 31 § 5-8 (2).

(23) C. 5, 13, *de rei uxor. act.*, L. un. § 7*b* initio.

(24) D. *h. t.*, L. 1 pr., L. 37 i. f.; D. 17, 1, *mand.*, L. 10 § 3 i. f.; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7 § 10 i. f.

(25) D. *h. t.*, L. 1 pr. i. f., et D. 17, 1, *mand.*, L. 10 § 3 i. f., cbn. avec C. *h. t.*, L. 26 § 2 i. f. et 3.

(26) C. 8, 52 (53), *quae sit longa consuet.*, L. 2. Cf. T. III, § 303, note 16.

des lieux; le créancier se trouve ainsi dispensé de la preuve du taux usuel de l'intérêt[27].

A défaut de toute cause spéciale, le débiteur d'une quantité de choses fongibles a du moins l'obligation naturelle de payer des intérêts[28]; de là l'antichrèse tacite[29].

II. L'importance de la division des intérêts en intérêts volontaires et intérêts légaux concerne la poursuite. Les intérêts volontaires peuvent être réclamés par voie d'action séparée, même après l'extinction de l'obligation principale[30]. Les intérêts légaux peuvent seulement être poursuivis par l'action principale et en même temps que le principal; ils sont si intimement liés à l'obligation principale qu'ils apparaissent comme une dépendance de l'action principale[31]; *non obligatione, sed officio judicis continentur*[32]. Si le créancier reçoit le capital sans les intérêts légaux, il est sans action pour réclamer encore ces intérêts[33]. Il en est de même si, ayant poursuivi le débiteur en justice, il a négligé de demander la condamnation aux intérêts légaux[34].

(27) Le taux est de 12 °/₀ pour les intérêts judiciaires qui courent après l'expiration des quatre mois accordés pour l'exécution des condamnations; C. 7, 54, *de usur. rei judic.*, L. 2; voyez encore C. 8, 10, *de aedif. priv.*, L. 4. Il est de 6 °/₀ au profit des pupilles (D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7 § 10), au profit du fisc (D. *h. t.*, L. 17 § 6) et dans l'espèce du D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 37 (38); dans les deux derniers textes les *maximae usurae* désignent, au point de vue de la législation de Justinien, l'intérêt de 6 °/₀. Le taux est de 4 °/₀ lorsqu'il s'agit de l'intérêt légal relatif à la dot (n° I, B, 5°, du présent paragraphe); C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 31 § 5 i. f. et 6 initio (§ 2 initio); C. 5, 13, *de rei uxor. act*, L. un. § 7° initio; voyez encore D. 35, 2, *ad leg. Falc.*, L. 3 § 2, et Nov. 22, c. 44, § 4. Enfin il est de 3 °/₀ seulement dans le cas du C. 3, 31, *de petit. hered.*, L. 12 § 1 i. f. (pr. i. f.).

(28) Arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 pr. initio.

(29) D. 20, 2, *in quib. caus. pign. tac. contr.*, L. 2; cf. T. III, § 329, III, 2°, et T. II, § 270, 1°.

(30) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 8 " neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum : ibi enim duae stipulationes sunt.. „; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 75 § 9; C. 3, 1, *de judic.*, L. 1. Voyez cependant § 343, note 7.

(31) C. 4, 34, *depos.*, L. 4. — (32) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 49 § 1 i. f.

(33) L. 49 § 1 cit.; D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 8 i. f.

(34) C. 4, 34, *depos.*, L. 4; C. *h. t.*, L. 13; arg. D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 8. D'après la dernière loi, qui est classée parmi les *septem leges damnatae*, la dette des intérêts moratoires ne forme qu'une seule dette avec celle du capital [hic enim una (*i. e. stipulatio*) pecuniae creditae est]. Étant donnée une dette d'argent et de droit strict payable à Capoue et garantie par un fidéjusseur, si le débiteur principal est mis en demeure et que le créancier dirige l'action *de eo quod certo loco* contre le fidéjusseur, le juge doit certainement tenir compte, dans la condamnation, de l'intérêt qu'avait le fidéjusseur ou le créancier à faire ou à recevoir le payement à Capoue; L. 8 initio. Mais si, après sa demeure, le débiteur principal paye une partie du capital sans les intérêts moratoires, le créancier ne pourra plus demander, soit au débiteur principal, soit au fidéjus-

§ 345. DES RESTRICTIONS APPORTEES AUX DETTES D'INTÉRÊTS.

I. Les intérêts volontaires ne peuvent pas dépasser un certain taux déterminé par la loi; les intérêts limités au taux légal sont appelés *usurae legitimae*(1). Ce taux varia à de nombreuses reprises dans le cours de l'histoire du droit romain. La loi des Douze tables paraît avoir permis de stipuler 10 °/₀(2). Une loi non dénom-

seur, que la partie restante du capital et les intérêts moratoires y afférents et non les intérêts moratoires pour la partie déjà payée du capital; L. 8 i. f. Par contre, la dette d'un capital et celle d'intérêts stipulés constituent des dettes distinctes (ibi enim duae stipulationes sunt). Au sujet de la loi 8 cit., voyez Glück, XIII, § 846, p. 341-346, et Dernburg, *Pfandrecht* I, § 76, p. 553-555.

(1) D. 22, 2, *de naut. faen.*, L. 4 § 1 i. f.; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7 § 4 initio, 7 i. f. et 10; C. *h. t.*, L. 14-16. Voyez encore D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 pr., D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 11 § 3 i. f., D. *h. t.*, L. 29, et D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 3 § 6.

(2) Tacite, *Ann.* VI, 16, vis primo duodecim tabulis sanctum, ne quis *unciario faenore* amplius exerceret; Caton, *de re rustica*, praef.

L'*uncia* étant le douzième de l'*as*, le *faenus unciarium* est l'intérêt d'un douzième, ici d'un douzième du capital par an, ce qui donne 8 1/3 °/₀. La loi des Douze tables avait en vue l'ancienne année romaine, celle de Romulus, qui comptait seulement dix mois, et non l'année de douze mois introduite par Numa, apparemment parce que l'expression d'*unciarium faenus* remontait à l'époque où l'année de dix mois était encore en usage; on continuait de s'en servir, bien que l'intérêt ne fût plus d'un douzième, mais d'un dixième. L'intérêt fixé par la loi des Douze tables était donc de 10 °/₀ par an. Cette explication suppose que, lors de la publication de la dite loi, l'intérêt se comptait par an; il semble en effet que le mode de calculer l'intérêt par mois commença seulement à être usité à Rome vers la fin de la république. L'intérêt de 10 °/₀ du capital par an trouve un appui dans Festus, vis " Unciaria lex appellari coepta est, quam L. Sulla et Q. Pompeius " tulere, qua sanctum est, ut debitores decimam partis.. „, où il faut probablement suppléer les mots : sortem annuis usuris penderent. Il est de plus confirmé par l'inscription n° 1862 d'Orelli, où la *decuma* est représentée comme un *donum moribus antiquis pro usura*. Telle est l'explication défendue par Niebuhr, *Röm. Geschichte* III, p. 61-69 et assez généralement admise par la doctrine moderne. Voyez Schilling, III, § 244 initio, et Maynz, II, § 181 initio.

D'après d'autres auteurs, le taux légal des intérêts en vertu de la loi des Douze tables, aurait été, soit de 100 °/₀ par an, soit de 1 °/₀ seulement, soit de 12 °/₀. Dans les trois systèmes, on applique les mots *unciarium faenus* à un calcul des intérêts par mois. Ceux qui préconisent l'intérêt de 100 °/₀, rapportent l'*uncia* au capital; l'*unciarium faenus* serait un intérêt d'un douzième du capital par mois, donc de 100 °/₀ par an. Les partisans de l'intérêt de 1 °/₀ par an rapportent l'*uncia* à l'intérêt de 1 °/₀ par mois, aux *centesimae usurae* de la période classique; l'*unciarium faenus* aurait été, dès la loi des Douze tables, ce qu'il fut certainement plus tard, un intérêt d'1/12 °/₀ par mois, donc de 1 °/₀ par an. Enfin les défenseurs de l'intérêt de 12 °/₀ rapportent l'*uncia* à l'année; l'*unciarium faenus* serait un intérêt de 1 °/₀ pour chaque douzième d'année, donc de 12 °/₀ pour l'année entière. Mais on ne comprend pas que la loi des Douze tables ait permis de stipuler un intérêt de 100 °/₀ par an; aucun

mée de l'an 346 avant J. C. réduisit à 5 °/₀ le taux des intérêts conventionnels[3]; une loi *Genucia* de l'an 341 semble même avoir défendu complètement le prêt à intérêt[4]; mais cette défense ne fut sans doute pas longtemps observée[5]. Enfin un sénatus-consulte de l'an 51 avant J. C. fixa le maximum des intérêts conventionnels à 12 °/₀[6]. Ce taux se maintint sans modification pendant toute la période classique[7] et sous le Bas-Empire[8]. Dans la législation de Justinien, les intérêts les plus élevés qu'il soit permis de stipuler, sont généralement de 6 °/₀[9]. Si des intérêts supérieurs ont été stipulés, la convention est réduite au taux légal; pour l'excédent elle est nulle comme convention usuraire[10]; elle ne produit aucun effet[10], pas même une obligation naturelle[11]. Les intérêts usuraires payés par le débiteur doivent être imputés

auteur ancien ne parle d'un intérêt aussi extravagant. En sens contraire on se demande comment la loi aurait pu restreindre l'intérêt conventionnel au taux insignifiant de 1 °/₀ par an et comment un intérêt aussi modéré aurait donné lieu à des plaintes si vives de la part des débiteurs; TITE-LIVE, VI, 14. Quant à l'hypothèse d'un intérêt de 12 °/₀ par an, elle revient à identifier l'expression d'*unciarium faenus* avec celle d'intérêt mensuel; une pareille dénomination n'indique en aucune façon le taux de l'intérêt.

L'*unciarium faenus* étant tombé en désuétude ou ayant été abrogé par une loi expresse fut rétabli par une loi *Maenia* de l'an 356 avant J. C.; TITE-LIVE, VII, 16.

(3) Cette loi établit le *semiunciarium faenus*; TITE-LIVE, VII, 27; TACITE, *Annal.* VI, 16. — (4) TITE-LIVE, VII, 42; TACITE, *Annal.* VI, 16.

(5) Il en fut de même d'une loi *Cornelia Pompeia*, qui semble avoir fixé un taux de 10 °/₀; FESTUS, v° UNCIARIA; cf. note 2 du présent paragraphe.

(6) CIC., *ad Attic.* V, 21 i. f. — (7) PAUL, II, 14, § 2.

(8) C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 8; C. Théod. 2, 33, *de usur.*, L. 1, L. 2. Toutefois, à l'occasion d'un prêt de choses fongibles autres que de l'argent, il était permis de stipuler 50 °/₀ (C. Théod. 2, 33, *de usur.*, L. 1) et il n'y avait pas de maximum pour le prêt maritime (*pecunia trajecticia*); dans le dernier cas, les intérêts contiennent une prime d'assurance; PAUL, II, 14, § 3.

(9) C. *h. t.*, L. 26 § 2 i. f. Par exception à la règle, les commerçants peuvent stipuler 8 °/₀ (L. 26 § 2 cit. initio) et les *personae illustres* seulement 4 °/₀ (même texte); les laboureurs ne peuvent non plus promettre que 4 °/₀; Nov. 32 et 34. Par contre le maximum est porté à 12 °/₀ pour le prêt de choses fongibles autres que de l'argent et pour le prêt maritime; C. *h. t.*, L. 26 § 2, v^is in trajecticiis autem..... concessum; cf. Nov. 106 et 110. WINDSCHEID, II, § 371, note 9.

Les *centesimae usurae* représentent-elles encore dans le nouveau droit romain 12 °/₀, ou bien équivalent-elles à 12 1/2°/₀? les *semisses usurae* valent-elles 6 ou 6 1/4 °/₀? etc. Les Nov. 32, c. 1, Nov. 34, c. 1, Nov. 106, praef., et la loi romaine des Visigoths, *ad* C. Theod. 2, 33, *de usur.*, L. 2, militent en faveur des 12 1/2 °/₀, des 6 1/4 °/₀, etc. Mais ces textes ne sont pas décisifs; ils peuvent avoir eu seulement en vue de représenter les *centesimae usurae* comme une valeur approximative d'un huitième du capital. SCHILLING, III, § 242, *Zusatz.*

(10) D. *h. t.*, L. 29; C. *h. t.*, L. 26 § 4 initio.

(11) Arg. L. 26 § 4 initio cit., et D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 pr., v^is sed si supra legitimum modum.....

sur le capital[12]; si le capital est déjà intégralement payé, les intérêts usuraires sont sujets à répétition[13].

II. Une autre restriction apportée aux dettes d'intérêts consiste dans la défense de l'anatocisme (de ἀνὰ réduplicatif, et τόκος, intérêts); les intérêts ne peuvent produire à leur tour des intérêts[14]. La prohibition de l'anatocisme se fonde sur un motif d'humanité. Les intérêts composés sont ruineux pour le débiteur; un capital produisant des intérêts composés à 5 °/₀ est doublé après 14 ans et quelques mois, quadruplé après 28 ans et quelques mois; pour doubler un capital produisant des intérêts composés à 6 °/₀, il ne faut pas même 12 ans; en moins de 24 ans le capital est quadruplé. Beaucoup de débiteurs ignorent ces effets désastreux de la capitalisation des intérêts; par conséquent, sans la défense de l'anatocisme, ils pourraient être ruinés à leur insu. Aussi la prohibition de l'anatocisme est-elle absolue. Elle s'applique aux intérêts volontaires et aux intérêts légaux[15]. Non seulement le débiteur ne peut promettre d'avance de payer les intérêts des intérêts pour le cas où ces derniers ne seraient pas acquittés au jour convenu, mais alors même que les intérêts sont échus, le débiteur ne peut s'engager à en payer les intérêts[16], peu importe que les intérêts directs soient ajoutés au capital originaire (*anatocismus conjunctus**) ou bien convertis en un capital nouveau (*anatocismus separatus**)[17]; dans le dernier cas encore, il s'agit de rendre des intérêts productifs d'intérêts. Toute convention contraire est nulle[18]; elle n'oblige ni civilement[19], ni naturellement; le débiteur qui a payé les intérêts des intérêts, est autorisé à les répéter[20]. La défense de l'anatocisme n'admet que des exceptions apparentes :

(12) C. *h. t.*, L. 26 § 4, v^is^ sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 pr., v^is^ sed si supra legitimum modum..... imputandum.

(13) comme capital indûment payé; L. 26 pr. cit., v^is^ et, si postea.....; C. *h. t.*, L. 18.

(14) Cette règle remonte à l'époque de la république; Cic., *ad Attic.* V, 21, § 13. Pour le droit classique voyez le D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 1, et pour la législation de Justinien le C. *h. t.*, L. 28.

(15) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 27; C. 7, 54, *de usur. rei judic.*, L. 3 pr., § 1-2 (pr.). Cf. C. Théod. 4, 19, *eod.*, L. un. i. f.

(16) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 1; C. *h. t.*, L. 28. Il faut en décider ainsi, bien qu'il s'agisse des intérêts échus d'une année entière (*anatocismus anniversarius*). Cicéron, comme gouverneur de Cilicie et de Chypre, avait permis cet anatocisme dans son édit (Cic., *ad Attic.* V, 21, § 11, VI, 1, § 5, VI, 3, § 5); mais un sénatus-consulte de l'an 51 avant J. C. le défendit; Cic., *ad Attic.* V, 21, § 13.

(17) C. *h. t.*, L. 28. Voyez Schilling, III, § 245 initio, et Windscheid, II, § 261 et note 2 initio. — (18) D. *h. t.*, L. 29.

(19) L. 29 cit.; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 1.

(20) L. 26 § 1 cit. Cf. D. 42, 1, *de re judic.*, L. 27.

1° Le débiteur qui paye des intérêts, peut les emprunter immédiatement à intérêt[21]. En réalité, les intérêts ainsi empruntés constituent un capital.

2° Celui qui paye les intérêts de la dette d'un tiers, peut se les faire rembourser par ce tiers avec les intérêts[22]. Ici encore la somme payée au créancier du tiers est un capital dû par ce tiers au payant.

3° L'administrateur des biens d'autrui (mandataire, tuteur, curateur ou gérant d'affaires), s'il applique à son profit des intérêts reçus pour son principal ou les laisse improductifs ou bien s'il néglige de faire rentrer des intérêts dus à son principal, doit les intérêts de ces intérêts[23]. L'obligation s'applique même aux intérêts dus personnellement par l'administrateur à son principal[24]. Dans les deux cas, l'obligation de payer les intérêts des intérêts forme une obligation distincte de celle de payer les intérêts simples[25]; elle porte à vrai dire sur des intérêts simples, c'est une obligation de réparer le dommage causé au principal par le dol ou la négligence du représentant[26].

III. Lorsque le total des intérêts *arriérés* atteint le montant du capital, le cours ultérieur des intérêts est arrêté; le créancier ne peut jamais réclamer en capital et intérêts arriérés au delà du double du capital (*ultra alterum tantum*)[27]. Un capital prêté à 5 °/₀ cessera de produire des intérêts si le débiteur doit 20 années d'intérêts; le prêt étant fait à 6 °/₀, il en sera ainsi après 16 ²/₃ années. C'est encore une disposition d'équité; le débiteur pourrait être ruiné par la négligence ou par le dol du créancier qui ne réclamerait pas régulièrement les intérêts et qui en une fois demanderait pour les intérêts une somme dépassant le capital[28].

(21) *Non obstat* C. *h. t.*, L. 28.

(22) Arg. D. 17, 1, *mand.*, L. 12 § 9, et D. *h. t.*, L. 37.

(23) D. 17, 1, *mand.*, L. 10 § 3 i. f.; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 7 § 12, L. 58 § 1 et 4. — (24) Arg. des mêmes textes.

(25) Elle incombe d'ailleurs à une personne autre que le débiteur des intérêts simples, à l'administrateur et non au tiers débiteur, ou bien à l'administrateur comme tel et non à l'administrateur en nom personnel.

(26) Cf. D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 58 § 1 i. f. et 4 i. f.

(27) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 1; D. 22, 2, *de naut. faen.*, L. 4 § 1 initio; C. *h. t.*, L. 10, L. 27 § 1-2.

(28) La règle remonte à l'époque classique; voyez les deux premiers textes de la note précédente. Justinien eut la malencontreuse idée de l'étendre aux intérêts payés; il décida que le cours des intérêts serait arrêté dès que les intérêts échus, arriérés ou payés, s'élèveraient au chiffre du capital; C. *h. t.*, L. 29, L. 30; Nov. 121, c. 2 cbn. avec c. 1; Nov. 138; cf. Nov. 160. Ce système qui a pour but de favoriser le débiteur, se retourne contre lui; le créancier ne manquera pas de réclamer le remboursement de son capital qui ne produit plus d'intérêts. Aussi les lois de Justinien sur la matière n'ont-elles pas été glosées.

La convention contraire des parties est nulle et de nul effet[29].

IV. Lorsqu'un débiteur paye les intérêts par anticipation, deux hypothèses se présentent :

1° Le payement anticipé des intérêts a lieu au moment même de la remise du capital; par exemple A prête 20000 à B à 5 %, en retenant 1000 pour les intérêts de la première année. Ici la somme payée en guise d'intérêts vient en déduction du capital; dans l'espèce susdite, le prêt se réduit à 19000. Si l'emprunteur paye la seconde fois 1000 pour les intérêts au lieu de 950, le capital se réduit à 18950 et ainsi de suite. Telle est la décision de Justinien[30].

2° Le payement des intérêts se fait après la remise du capital, mais avant l'échéance. Ce payement anticipé des intérêts est valable[31] et produit les effets ordinaires, pourvu qu'il ne renferme pas une convention usuraire, ce qui a lieu si les intérêts payés, augmentés des intérêts de ces intérêts jusqu'à l'échéance, dépassent le taux légal; les intérêts en tant qu'usuraires sont imputés sur le capital[32].

Section XI. — **Des obligations privilégiées.**

D. 42, 5, *de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis.*

§ 346. NOTIONS GÉNÉRALES.

1° Les obligations privilégiées dont il s'agit ici sont des dettes chirographaires qui doivent être payées avant les autres dettes chirographaires[1]. Les créanciers chirographaires privilégiés sont primés par les créanciers hypothécaires[2], mais ils l'emportent sur les créanciers chirographaires simples[3]. Le privilège dont nous parlons est bien distinct de celui qui est attaché à certaines hypothèques; le premier rang appartient aux créanciers hypothécaires privilégiés, le second aux créanciers hypothécaires simples, le troisième aux créanciers chirographaires privilégiés, le quatrième aux créanciers chirographaires simples. Pour séparer notre privilège de celui de l'hypothèque privilégiée, on l'appelle privilège de payer

(29) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 1. — (30) C. *h. t.*, L. 26 § 4 i. f.

(31) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 57 pr., et D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 § 6.

(32) Cf. n° I i. f. du présent paragraphe. VANGEROW, I, § 77, *Anm.* 2, n° 2.

(1) Cf. D. *h. t.*, L. 38 § 1.

(2) C. 8, 17 (18), *qui potiores*, L. 9. Toutefois les frais funéraires, bien qu'ils donnent seulement lieu à une obligation chirographaire privilégiée, sont payés avant les dettes hypothécaires, privilégiées ou simples; la faveur que méritent ces frais, explique l'exception ; PAUL, I, 21, § 15 ; D. 11, 7, *de relig.*, L. 14 § 1, L. 4. C'est l'opinion commune. Contra VANGEROW, III, § 594, *Anm.*, n° II, 1°, p. 222-223.

(3) D. *h. t.*, L. 38 § 1.

ment, *privilegium exigendi*[4]. En droit nouveau, plusieurs privilèges de payement ont disparu, parce que la créance à laquelle ils se rapportent, a été munie d'une hypothèque légale générale; cette hypothèque étant plus avantageuse que le privilège de payement, le rend inutile. Ainsi sont tombés les privilèges de payement de l'État, de l'empereur et de l'impératrice, de la femme mariée, des pupilles, des mineurs et des aliénés interdits[5].

2° Les privilèges de payement sont réels ou personnels (*privilegia causae vel personae*), selon qu'ils se fondent sur la nature de la créance ou sur la qualité du créancier[6]. Les premiers se transmettent à tous ceux qui succèdent à la créance[7]. Les seconds ne peuvent être invoqués que par le créancier à la personne duquel ils sont attachés[8]; ils ne passent ni aux héritiers[9], ni au cessionnaire[10].

§ 347. ÉNUMERATION DES OBLIGATIONS PRIVILÉGIÉES.

Voici les obligations privilégiées du droit de Justinien, dans l'ordre où elles sont classées entre elles en cas de concours :

Au premier rang se placent les créances de frais funéraires[1].

Au second rang figurent les créances des communes[2], celle de la fiancée[3] et de la femme mariée putative[4] à raison de la dot, celle des incapables autres que les pupilles, mineurs ou aliénés interdits contre leur curateur du chef de sa gestion[5], la créance en remboursement soit d'un prêt d'argent pour la reconstruction d'un

§ 346. — (4) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 25; D. 42, 3, *de cess. bonor.*, L. 1; D. *h. t.*, L. 24 § 1.

(5) Si les recueils de Justinien les mentionnent encore, c'est à titre de réminiscence historique; D. 49, 14, *de jure fisci*, L 6 pr. et § 1; C. 7, 74, *de privil. dot.*, L. un.; D. *h. t.*, L. 19 § 1 initio. D'autre part, celui qui prête de l'argent au propriétaire d'un bâtiment sous la condition que l'argent servira à reconstruire le bâtiment, a obtenu, à côté de son privilège de payement (D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 25), une hypothèque légale privilégiée sur le bâtiment reconstruit; cf. T. II, § 267, I, 4°, et § 272, I, C. Cette hypothèque spéciale n'empêche pas le privilège de payement d'être utile si la maison ne procure pas le payement intégral. — (6) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 196 initio.

(7) D. *eod.*, L. 68 i. f., L. 196 " et ideo ad heredem transmittuntur, quae causae sunt.. „. Voyez encore D. *h. t.*, L. 24 § 3, et D. 42, 3, *de cess. bonor.*, L. 2.

(8) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 68 initio. — (9) D. *eod.*, L. 196 i. f.

(10) D. 42, 5, *de reb. auct. jud. possid.*, L. 19 § 1; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 42 i. f. Cf. T. III, § 351, V, A, 1° i. f.

§ 347. — (1) Paul, I, 21, § 15; D. 11, 7, *de relig.*, L. 45. — (2) D. *h. t.*, L. 38 § 1.

(3) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 74; D. *h. t.*, L. 17 § 1 iniiio, L. 19 pr.

(4) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 74; D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 22 § 13; D. *h. t.*, L. 17 § 1 i. f., L. 19 pr.

(5) D. *h. t.*, L. 19 § 1 i. f., L. 20, L. 21, L. 22 pr. Voyez encore D. *h. t.*, L. 23. Cf. le paragraphe précédent n° 1 i. f.

bâtiment[6], soit d'un prêt pour l'achat, la construction ou l'équipement d'un navire[7], et la créance en payement du prix de vente d'un navire[8]. Si plusieurs de ces créanciers privilégiés concourent entre eux, ils sont payés en proportion du montant de leurs créances respectives[9].

Au troisième rang vient la créance en restitution d'un dépôt d'argent fait sans stipulation d'intérêts chez un banquier ou changeur[10].

CHAPITRE III. — DE LA CESSION DES CRÉANCES.

D. 18, 4, et C. 4, 39, *de hereditate vel actione vendita.*

MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Greifswald, 1836, 3e édition, 1re de 1817.

PUCHTA, *Cession*, dans *Weiske's Rechtslexikon* II (1851), p. 636-664, et dans les *Kleine civilistische Schriften* de l'auteur, n° XXVII, p. 455-497.

BÄHR, *Jahrbücher für die Dogmatik* I (1857), p. 351-502.

WORMS, *De la cession des créances en droit romain, et de l'endossement en droit français*, p. 3-57, Paris, 1863.

WIERSMA, *Bydrage tot de leer der overdragt van schuldvorderingen*, Leyde, 1863.

SCHMID (A.), *Die Grundlehren der Cession, nach römischem Recht dargestellt*, 2 vol., Brunswick, 1863-1866.

GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, p. 231-376, Paris, 1879.

HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, Paris, 1891.

WENGER, *Die Zession im Rechte der graecoaegyptischen Papyri*, Naples, 1906.

(6) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 25; D. 42, 3, *de cess. bonor.*, L. 1; D. *h. t.*, L. 24 § 1. Voyez encore D. 17, 2, *pro socio*, L. 52 § 10. — (7) D. *h. t.*, L. 26, L. 34.

(8) L. 34 cit. — (9) Cf. D. *h. t.*, L. 32 i. f.

(10) D. *h. t.*, L. 24 § 2. Si les fonds d'un déposant existent encore en nature chez le dépositaire, il peut les revendiquer; L. 24 § 2 cit. i. f. Si les fonds de plusieurs déposants se sont confondus entre eux, mais non avec d'autres fonds du dépositaire, les déposants sont encore admis à la revendication; D. 16, 3, *depos.*, L. 7 § 2. Dans les deux cas, les déposants en vertu de leur droit de propriété excluent les autres créanciers. Si les deniers des déposants n'existent plus en nature qu'en partie et se sont confondus pour le surplus avec d'autres, les déposants peuvent revendiquer les espèces non confondues; quant aux autres, ils sont réduits à leur privilège; D. *eod.*, L. 7 § 3, L. 8. Cf. VANGEROW, III, § 594, *Anm.*, n° II, 4, b, p. 225-228, MAYNZ, II, § 300, note 22, et WINDSCHEID, II, § 271, notes 20 et 22.

§ 348. NOTIONS GÉNÉRALES.

I. *Historique.* 1° Anciennement, lorsqu'un créancier voulait ansférer à un tiers le bénéfice de sa créance, il le nommait son andataire à l'effet de poursuivre le débiteur en justice. Par rogation au droit commun, le mandataire dont il s'agit n'était s tenu de restituer au mandant le produit de son action; il uvait le garder pour lui; il était *cognitor* ou *procurator in rem am*[1]. Le mandat lui-même était désigné par les expressions *cedere*[2], *mandare*[3], *praestare*[4] *actionem*. C'est seulent à la fin de la république que la représentation judiciaire fut connue à Rome[5]; la cession des créances date donc seulent de cette époque. Comme dans le cas d'un mandat judiciaire nné dans l'intérêt du mandant[6], l'*intentio* de la formule était nçue au nom du cédant et la *condemnatio* au nom du cessionire[7]. Mais l'*actio judicati* appartenait exclusivement au cesnnaire[8]. Donc, par la *litis contestatio* avec le débiteur cédé, le ssionnaire acquérait un droit définitif à la créance; il devenait *minus litis*[9]. Son mandat était rendu irrévocable[10], il ne enait plus fin ni par le décès du cédant[11], ni par le sien propre[12]. à même temps que la *litis contestatio* liait le débiteur envers le ssionnaire, elle le dégageait vis-à-vis du cédant.

2° Une réforme très importante consiste dans la concession actions utiles fictices au cessionnaire. La nécessité de donner un andat à celui-ci, pour lui permettre de poursuivre le débiteur en stice, constituait une formalité inutile, d'autant plus que le créanr était tenu de donner le mandat en vertu d'une obligation préistante. Dès lors pourquoi ne pas remettre ce mandat et autoriser cessionnaire à poursuivre le débiteur sur le seul fondement de la ste cause de cession? Ce principe fut reconnu dans un grand mbre de cas particuliers[13] et ces applications multiples nous

(1) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 6 initio; C. 5, 58, *de contr. jud.*, L. 1 i. f.
(2) D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 3 § 5 i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L. 76 initio.
(3) L. 76 cit. i. f.; D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1 § 13-14.
(4) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 31 pr.; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 39 § 14.
(5) T. I, § 125, I initio. — (6) § 125, notes 8 et 10.
(7) Gaius, IV, 86, cbn. avec II, 39. — (8) *Vatic. fragm.* 317 i. f.
(9) D. 49, 1, *de appellat.*, L. 4 § 5 i. f.; C. 2, 12 (13), *de procur.*, L. 22, L. 23.
(10) L. 22 cit.; C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 3 pr.
(11) C. 2, 12 (13), *de procur.*, L. 23. — (12) Arg. L. 23 cit.
(13) De bonne heure lorsqu'un mandataire stipulait quelque chose d'un tiers ns l'exécution de son mandat, le mandant obtenait contre ce tiers des actions iles (D. 3, 3, *de procur.*, L. 68); comme la ratification d'une gestion d'affaires uivaut à un mandat, il devait en être de même lorsqu'un gérant d'affaires ait stipulé d'un tiers. Un rescrit d'Antonin le Pieux accorda des actions utiles

autorisent à le généraliser dans le droit de Justinien ; toutes les fois qu'il existe une juste cause de cession d'une créance, le cessionnaire peut, indépendamment d'un mandat *ad litem*, poursuivre par des actions utiles le débiteur qu'il s'agit de céder ; le cessionnaire est investi de plein droit des actions du créancier(14). Cette acquisition d'actions se fonde sur un mandat *ad litem* fictif, sur une cession fictive d'actions ; les actions utiles qui compètent au cessionnaire sont donc des actions utiles fictices, *quasi ex jure cesso**. A ces actions s'opposent les actions directes que le cessionnaire peut acquérir à la suite d'un mandat *ad litem* réellement donnée(15). L'action directe et l'action utile du cessionnaire ont le même caractère et sont soumises aux mêmes règles. L'une et l'autre reposent sur un mandat *ad litem* du cédant en faveur du cessionnaire ; pour l'action directe le mandat est réel, il est fictif pour l'action utile ; la différence est formelle et prouve l'identité matérielle des deux poursuites(16). Toutefois le codébiteur solidaire qui paye le créancier et jouit vis-à-vis de lui du bénéfice de cession d'actions en vue de son recours contre les autres débiteurs solidaires, doit se faire céder les actions du créancier d'une manière effective ; à défaut de cette cession, il est sans actions utiles contre ses coobligés(17).

à l'acheteur d'une hérédité contre les débiteurs héréditaires ; D. 2, 14, *de pact.*, L. 16 pr. Obtinrent aussi des actions utiles l'acheteur d'une créance (C. *h. t.*, L. 8), le créancier qui avait reçu en payement une créance (C. 4, 15, *quando fisc. v. priv.*, L. 5), le mari qui l'avait reçue en dot (C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 2) et le légataire d'une créance ; C. 6, 37, *de leg.*, L. 18.

(14) *Non obstant* D. 17, 2, *pro socio*, L. 3 pr. ; dans la compilation de Justinien, ce passage doit être restreint à l'action directe naissant de la créance. Voyez pour la généralisation des actions utiles du cessionnaire Puchta, *Kleine civil. Schriften*, p. 463, *Pand.* § 281, et *Vorles.* II, § 281-282, n° 2, Molitor, cité, II, n° 1183 i. f., Savigny, cité, I, § 23, p. 243-249, Worms, cité, p. 13-14, et Maynz, II, § 188 i. f. Contra Unterholzner, cité, I, § 277, n° III, Mühlenbruch, *Cession*, § 43, p. 464-466, § 44, p. 466-469, *Lehrb.* II, § 498, n° II, Schmid, cité, I, § 19, p. 189-192, Vangerow, III, § 574, *Anm.* 1, n° 1, Windscheid, II, § 330 et note 12, et Dernburg, II, § 47 i. f. — (15) L. 18 cit.

(16) A l'époque des formules, le cessionnaire qui exerçait l'action directe, agissait au nom d'autrui, *alieno nomine* ; son nom ne figurait pas dans l'*intentio*, mais seulement dans la *condemnatio* ; Gaius, IV, 86, cbn. avec II, 39. A l'action utile le cessionnaire agissait en nom propre, *suo nomine* ; l'*intentio* était conçue en son nom ; D. 3, 3, *de procur.*, L. 55 ; C. 4, 15, *quando fisc. v. priv.*, L. 5 ; C. *h. t.*, L. 9 ; C. 6, 37, *de leg.*, L. 18. Savigny, cité, I, § 23, p. 248-249. — Vangerow, III, § 574, *Anm.* 1, n° 1 initio. — Arndts, § 254. Cette différence disparaît avec la procédure formulaire ; sous Justinien, même à l'action directe, le cessionnaire agit en nom propre ; voyez le n° II du présent paragraphe.

(17) Si la dette solidaire est payée sans que la cession des actions ait été faite, ces actions sont éteintes et leur cession ultérieure devient une impossibilité. A la vérité, on aurait pu admettre lors du payement la fiction d'un mandat *ad litem*

3° Il fallait encore avant la *litis contestatio* protéger le cessionnaire contre le cédant qui, demeuré créancier en titre, pouvait frustrer le cessionnaire du bénéfice de la cession en poursuivant le débiteur en justice ou en lui remettant la dette. Il fallait aussi, avant la *litis contestatio*, rendre le droit du cessionnaire indépendant de son décès et de celui du cédant. Après l'introduction des actions utiles, on admit que le cédant n'aurait plus le droit de poursuivre le cédé en justice; le cédé obtint une exception de dol contre cette poursuite(18). Mais surtout, vers la fin de la période classique, le cessionnaire obtint le moyen d'exclure le cédant et de lier le cédé envers lui par la notification de la cession(19). A la même époque la cession devint indépendante du décès du cédant(20) et, dans le droit de Justinien, le décès du cessionnaire ne l'affecte pas davantage(21).

II. *Nature de la cession.* 1° La cession d'une créance constitue

et partant accorder des actions utiles au débiteur solidaire qui avait payé. Mais on ne le fit pas (C. 8, 40 (41), *de fidej.*, L. 11, L. 14; D. 46, 1, *eod.*, L. 39), si ce n'est au profit des cotuteurs; D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1 § 13; C. 5, 58, *de contr. jud.*, L. 2.

Quid des personnes autres que les codébiteurs solidaires et qui jouissent aussi du bénéfice de cession d'actions (cf. le paragraphe suivant n° III, B, 2° et 3°)? Le tiers acquéreur de bonne foi d'une chose hypothéquée a des actions utiles; T. II, § 274, I, A, 4°. Il en est de même du défendeur à la revendication qui, ne pouvant par sa faute restituer en nature la chose revendiquée, paye l'estimation du litige; T. II, § 204, I. Il y a lieu d'étendre la dernière règle, par voie d'analogie, aux autres défendeurs qui payent l'estimation du litige.

(18) D. 2, 14, *de pact.*, L. 16 pr. — (19) Cf. § 351, I. — (20) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 1.

(21) Déjà avant Justinien on avait admis, dans le cas d'une cession à titre onéreux, que si le cessionnaire constitué *procurator in rem suam* décédait avant la *litis contestatio*, il transmettait son droit à ses héritiers; C. Théod. 2, 12, *de cognit. et procur.*, L. 1 i. f.; C. J. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 33 pr. i. f. Justinien étendit cette règle aux cessions à titre gratuit; L. 33 pr. i. f. cit. On doit l'appliquer par analogie à l'action utile du cessionnaire; Savigny, *System* IV, § 157, note t.

On a contesté que les actions utiles du cessionnaire se basent sur la fiction d'un mandat *ad litem* donné au cessionnaire *in rem suam*. Les uns (Schmid, cité, T. I, § 3, p. 8-10, et T. II, § 18; voyez encore Eisele, *Die actio utilis des Cessionars*, surtout p. 24-42, Fribourg e/B, 1887) soutiennent que les actions utiles ont pour fondement la fiction que le cessionnaire est créancier en nom personnel. D'après d'autres (Vangerow, III, § 574, *Anm.* 1, n° 1 initio. — Windscheid, II, § 329, notes 6-7), ce seraient des actions propres et indépendantes, d'après Vangerow des actions *in factum*.

Il semble que la fiction d'un mandat *ad litem* dût se présenter naturellement au préteur lorsqu'il voulut permettre au cessionnaire d'agir contre le cédé sans avoir reçu procuration à cette fin; arg. C. *h. t.*, L. 8 « utilis.. exemplo creditoris persecutio tribuitur ». La fiction que Schmid veut lui substituer et d'après laquelle le cessionnaire serait créancier personnel, est une réalité; le cessionnaire succède à l'action du créancier. D'autre part l'action utile du cessionnaire

une aliénation de la créance; de même qu'on aliène des choses corporelles, on aliène des créances par la voie de la cession. La créance cédée est transférée au cessionnaire[22]; celui-ci devient créancier en nom propre, au lieu et place du cédant; avec le droit de créance, il acquiert aussi des actions en nom propre[23]. En effet, l'obligation n'est nullement personnelle du côté du créancier; elle n'est pas attachée à un créancier déterminé, elle reste la même que le créancier soit A, B ou C. L'obligation est seulement personnelle du côté du débiteur, elle vaut ce que vaut le débiteur, sa valeur dépend de la solvabilité de ce dernier. Sans doute le cessionnaire a contre le débiteur seulement les droits du cédant; mais cette règle est l'application du principe général d'après lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Tel est du moins le système de la législation de Justinien. Anciennement le créancier ne pouvait aliéner que l'exercice de son droit de créance et non son droit même; le cessionnaire constitué *procurator in rem suam* se bornait à exercer le droit du cédant, il intentait au nom du cédant l'action qui lui avait été cédée, l'action directe naissant de la créance[24]. Mais, sous Justinien, le cessionnaire n'a plus besoin en général d'un mandat

n'est pas une action propre; sa qualification prouve qu'elle fut accordée par analogie d'une autre action, qui ne peut être que celle du cédant.

Non obstant D. 2, 14, *de pact.*, L. 13 § 1, D. 4, 7, *de alien. jud. mut.*, L. 4 § 3, et C. *h. t.*, L. 7-8. Ces passages représentent le cessionnaire comme agissant à l'instar du créancier, ce qui s'adapte parfaitement à la fiction d'un mandat *ad litem*; d'ailleurs les deux premiers textes ont en vue l'action directe du cessionnaire.

L'action *in factum* du D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 13 pr., est une action utile *quasi ex jure cesso.*

En ce sens Mühlenbruch, cité, § 16, p. 179-181, 192-194 et 198-201, Molitor, cité, II, n°s 1183 i. f. et 1184, Savigny, cité, I, § 23 p. 243-249, Worms, cité, p. 11-15, et Maynz, II, § 188, p. 84.

(22) D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 66 (64) pr., v^is obligatio translata; C. 4, 35, *mand.*, L. 23 pr., v^is partem.. debiti.. transferant in alium creditores.. cedere.. « transferre ». Voyez encore D. *h. t.*, L. 4, L. 6, L. 14 pr., L. 17, L. 19, L. 23 § 1, D. 20, 6, *quib. mod. pign. solv.*, L. 5 § 2, D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 64 § 4, C. *h. t.*, L. 3, L. 7, L. 8, C. 5, 58, *de contr. jud.*, L. 1 i. f.

(23) D. 3, 3, *de procur.*, L. 55 « qui enim *suo nomine* utiles actiones habet, rite « eas intendit ».

C. 4, 15, *quando fisc. v. priv.*, L. 5 « In solutum nomine dato, non aliter nisi « mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor « experiri potest. *Suo autem nomine* utili actione recte utetur ».

C. *h. t.*, L. 9 « ad similitudinem ejus, qui personalem redemerit actionem et « utiliter eam movere *suo nomine* conceditur.. ».

C. 6, 37, *de leg.*, L. 18 « Ex legato nominis, actionibus ab his qui successerunt « non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus « autem *suo nomine* experietur ».

(24) Gaius, II, 39, et IV, 86; C. 4, 15, *quando fisc. v. priv.*, L. 5.

ad litem pour pouvoir actionner le débiteur; il a la faculté de la poursuivre par une action utile sur le seul fondement de la juste cause de cession (vente, donation, legs, etc.) et en nom propre, *suo nomine*(25), donc comme créancier personnel du débiteur cédé. On objecte que l'action utile qui lui est accordée, repose sur un mandat *ad litem* fictif. Mais cette fiction de mandat *ad litem* ne prouve pas que le cessionnaire soit un mandataire, pas plus que la fiction de propriété à l'action Publicienne n'établit que l'acquéreur de bonne foi de la chose d'autrui, demandeur à cette action, soit propriétaire; en réalité il ne l'est pas du tout. Le cessionnaire qui agit par l'action utile *quasi ex jure cesso**, n'est pas davantage le mandataire du cédant; il est le créancier personnel du cédé; la circonstance qu'il agit en nom propre est décisive en ce sens(26).

2° Avec la cession d'une créance on ne doit pas confondre la novation par laquelle on substitue un nouveau créancier à l'ancien. La cession ne fait que transférer au cessionnaire la créance existante; c'est pourquoi elle peut avoir lieu sans le consentement et malgré l'opposition du débiteur(27). La novation substitue une obli-

(25) Textes cités à la note 23.

(26) L'opinion défendue ici tend à prévaloir aujourd'hui; voyez RUDORFF, *zu* PUCHTA's *Pand.*, § 280, note a, GIDE, cité, p. 231-376, EISELE, *Actio utilis des Cessionars*, p. 24-39, BARON, § 248, et DERNBURG, II, § 48 et note 1. Cf. SALPIUS, *Novation und Delegation*, § 55, et ARNDTS, § 254 et *Anm.* 5. Mais :

1° d'après une doctrine généralement admise jusqu'à ces derniers temps MÜHLENBRUCH, cité, § 18, p. 223-224. — SAVIGNY, *System* III, § 105 et note f. — PUCHTA, *Kleine civil. Schriften*, p. 455-459, *Instit.* II, § 267 et 332, *Pand.*, § 280, et *Vorles. eod.* — MOLITOR, cité, II, n° 1184. — WORMS, cité, p. 14-15. — Cf. RYCK, cité, p. 486), le créancier ne peut aliéner son droit même de créance, mais seulement l'exercice de ce droit; le cessionnaire ne ferait qu'exercer à son profit le droit de créance du cédant, de la même manière que l'acheteur d'un usufruit exerce l'usufruit du vendeur. Il n'existe aucune analogie entre l'usufruit et la créance; l'usufruit est établi en faveur d'une personne déterminée, il est inséparable de cette personne et prend fin avec elle.

2° Quelques auteurs (SCHMID, cité, T. II, § 18, cbn. avec T. I, § 3. — BRINZ, II, § 284, p. 391-394. — WINDSCHEID, II, § 329 et notes 7, 8 et 10. — GIRARD, p. 733-734) sont d'avis que le créancier a seulement le pouvoir d'aliéner son action; son droit de créance serait inaliénable. Le cédant resterait donc un créancier sans action et le cessionnaire, sans être créancier, serait investi en nom propre de l'action naissant de la créance. Cette doctrine implique contradiction; si le cessionnaire a l'action en nom propre, c'est qu'il est créancier et le cédant ne l'est plus.

3° D'après d'autres interprètes (BÄHR, cité, § 8, p. 406-411 et *passim.* — VANGEROW, III, § 574, *Anm.* 1, n° 1 i. f. — MAYNZ, II, § 187-189), le cessionnaire serait vis-à-vis du cédant un successeur et vis-à-vis du cédé un simple mandataire du cédant. Mais si entre le cédant et le cessionnaire, le droit de créance est aliénable, il doit l'être aussi à l'égard du cédé.

(27) C. *h. t.*, L. 3; C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 1 i. f.

gation nouvelle à l'ancienne; elle éteint l'obligation préexistante et en crée une autre; cette nouvelle obligation exige le consentement du débiteur[28].

III. La cession peut avoir pour objet soit des créances proprement dites et les actions personnelles qui en dérivent, soit des actions réelles; celles-ci sont aussi des créances[29]. L'action réelle est bien distincte du droit réel qui lui sert de base[30]. Le droit réel est absolu, il existe vis-à-vis de tous les membres de la société. L'action réelle, comme tout autre rapport obligatoire, est un droit relatif; elle n'a d'existence qu'à l'égard du tiers qui a lésé le droit réel. Dès lors la question de la cessibilité d'une action réelle est indépendante de celle de l'aliénabilité du droit réel et la cession d'une action réelle n'implique pas toujours l'aliénation du droit réel correspondant, quoiqu'elle puisse avoir cette portée. La cession des créances se confond avec celle des actions[31].

§ 349. CONDITIONS DE LA CESSION.

La cession des créances exige les conditions suivantes :

I. Le cédant doit avoir dans son patrimoine la créance qu'il s'agit de céder et être capable d'aliéner, car la cession de la créance implique une aliénation.

II. La créance doit être cessible. Certaines créances sont incessibles[1]. Telles sont avant tout les actions qui ont donné lieu à la *litis contestatio*[2]. Céder une pareille action, c'est trafiquer d'un procès; l'acheteur du procès s'efforcera par tous les moyens de réaliser une bénéfice sur le litige; ce trafic tend à prolonger le procès, ce qui est contraire à l'intérêt général[3]. Restent les actions non encore arrivées à la *litis contestatio*. Considérons séparément les actions réelles et les actions personnelles.

(28) L. 1 cit. initio. — (29) Cf. T. I, § 96, 1°.

(30) La même observation s'applique aux actions réelles résultant des droits de la personnalité; T. I, § 97, 1°.

(31) Nos sources parlent indifféremment de la vente d'une créance et de la vente d'une action; D. et C. *h. t.*

(1) Il n'y a pas de principe général sur la cessibilité des créances. On ne peut prendre pour guide les brocards *quae ad heredem sunt transmissibilia, sunt etiam cessibilia** et *quae ad heredem non sunt transmissibilia, non transeunt per cessionem**. La cessibilité et la transmissibilité héréditaires des créances sont des notions absolument indépendantes l'une de l'autre; les actions arrivées à la *litis contestatio* sont incessibles et cependant transmissibles aux héritiers; si quelqu'un stipule une rente viagère, sa créance est cessible et intransmissible à ses héritiers. — (2) C. 8, 36 (37), *de litig.*, L. 4 pr. § 1-2.

(3) C'est pour un motif analogue qu'il est défendu de céder une action non litigieuse à un homme puissant; C. 2, 13 (14), *ne lic. potent.*, L. 1-2. Cf. T. I, § 128, II, B, 3°.

A) Parmi les actions réelles sont incessibles toutes celles qui résultent de droits de la personnalité ; ces droits sont de telle nature qu'ils peuvent seulement être exercés par la personne à laquelle ils appartiennent (mari, père, tuteur ou curateur) ; la cession de l'action violerait cette nature. Le mari ne peut céder son interdit *de uxore exhibenda et ducenda*, ni le père de famille son interdit *de liberis exhibendis et ducendis* ou sa *vindicatio filii*(4). Mais *quid* des actions réelles naissant de droits réels ?

1° Il n'est pas douteux que la revendication soit cessible à tous égards(5). Le cessionnaire pourra se faire restituer la chose et, par cette restitution, il en deviendra propriétaire(6), car il en aura acquis la possession en vertu d'une juste cause ; en lui cédant la revendication, le propriétaire lui a transféré une action qui épuise son droit de propriété et partant il a voulu lui transférer ce droit même(7). Nous constatons ici que la cession de l'action revendicatoire amène, par voie de conséquence, l'aliénation de la chose. Ces règles s'appliquent en tous points à la pétition d'hérédité(8).

2° Le but de l'action négatoire est complexe. Si le demandeur obtient gain de cause, le juge reconnaît le libre exercice de la propriété, condamne le défendeur aux restitutions nécessaires et, le cas échéant, à des dommages et intérêts ainsi qu'à la prestation d'une caution *de non amplius turbando**. L'action négatoire est cessible pour les dommages et intérêts ; sous tous les autres rapports elle est incessible. Si le propriétaire la cède à un tiers, celui-ci agira en général pour compte du cédant ; c'est au profit de ce dernier que seront prononcées la reconnaissance de la liberté de la propriété et la condamnation aux restitutions nécessaires et à la prestation de la caution *de non amplius turbando*. Le cessionnaire agira seulement pour son compte personnel quant aux dommages et intérêts. A ce dernier point de vue, rien ne s'oppose à la cession de l'action négatoire. Mais cette action devait être incessible sous les autres rapports indiqués. Le propriétaire qui cède son action négatoire, ne veut pas se dépouiller de sa chose

(4) L'ancien droit romain autorisait le tuteur légitime et non fiduciaire des femmes à céder l'exercice de sa tutelle par la voie de l'*in jure cessio* ; Gaius, I, 168 initio, 169 et 170 ; Ulpien, XI, 6-7. Mais la tutelle dont il s'agit avait un caractère patrimonial plutôt que personnel ; cf. T. V, § 635, 1°.

(5) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 21, L. 63 ; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 4 ; C. *h. t.*, L. 9. — (6) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 46, L. 47, et arg. L. 69, L. 70.

(7) D. 6, 2, *de Publ. act.*, L. 7 § 1 initio. La revendication était déjà cessible à l'époque classique ; arg. des textes des Pandectes de Justinien cités aux notes 5 à 7. Mühlenbruch, cité, § 22, II, p. 246-252, Molitor, cité, II, n° 1190, et Maynz, II, § 190 et note 6. Cf. Glück, XVI, § 1016, p. 380-381.

(8) En ce sens Schmid, cité, T. II, § 33, III, p. 344-345. Cf. Maynz, II, § 190, D.

au profit du cessionnaire, sinon il lui en ferait tradition et l'*accipiens* devenu propriétaire exercerait l'action négatoire en cette dernière qualité. Puisque le cédant entend conserver la propriété de la chose, la reconnaissance de la liberté de sa propriété et la condamnation à des restitutions ou à la caution *de non amplius turbando* ne pouvaient faire l'objet de la cession(9).

3° L'action confessoire est cessible dans le même sens que l'action négatoire, c'est-à-dire pour les dommages et intérêts; elle est incessible sous les autres rapports. Les considérations que nous avons fait valoir à l'occasion de l'action négatoire, s'appliquent à l'action confessoire, *mutatis mutandis;* ici il s'agit non pas du droit de propriété et de la reconnaissance de sa liberté, mais du droit de servitude et de sa reconnaissance(10).

4° La question de la cessibilité de l'action hypothécaire est très délicate. Il est certain que la cession de l'obligation principale garantie par l'hypothèque entraîne le transfert de l'hypothèque et de l'action hypothécaire qui en sont des accessoires(11). Peut-on céder l'action hypothécaire *sans* l'obligation principale? Il n'est pas possible de la transférer de cette obligation à une autre. Mais l'action hypothécaire demeurant attachée à l'obligation primitive est susceptible d'être cédée à un tiers. Le cédant restera créancier, le cessionnaire succédera seulement à l'action hypothécaire; il pourra poursuivre par cette action les tiers détenteurs de la chose hypothéquée et se faire restituer celle-ci. En outre, de même que la cession de l'action revendicatoire implique la volonté de transférer la propriété, la cession de l'action hypothécaire suppose l'intention d'aliéner le droit d'hypothèque; l'action hypothécaire épuise ce droit. Donc le cessionnaire pourra aussi vendre la chose hypothéquée et retenir sur le produit de la vente le montant de l'obligation principale; il ne devra pas compte au cédant de ce qu'il aura ainsi touché, car il a agi dans son propre intérêt. De son côté le débiteur sera, dans ce cas, libéré envers le cédant et la cession de l'action hypothécaire aura pour conséquence l'extinction de l'obligation principale. Mais le cessionnaire ne peut demander au débiteur le payement de la dette; c'est ce qui le sépare du cessionnaire de la créance(12).

B) En ce qui concerne les actions personnelles :

1° Les interdits *retinendae possessionis* exercés à l'occasion

(9) En ce sens Maynz, II, § 190, B, 1°.

(10) En ce sens Maynz, II, § 190, B, 2°. — (11) C. *h. t.*, L. 8.

(12) Admettent la cession de l'action hypothécaire sans celle de la créance Molitor, cité, II, n°s 1190 i. f. et 1199, Schmid, cité, T. II, § 33, III, p. 345, Vangerow, III, § 574, *Anm.* 2, p. 108-109. Cf. Puchta, *Kleine civil. Schriften*, p. 467-468. Contra Mühlenbruch, cité, § 28, 2°, p. 332-348, Dernburg, *Pfandrecht* I, § 78, p. 561-562, Sintenis, II, § 128 et note 39.

d'un simple trouble ne sont cessibles que pour les dommages et intérêts; ils sont incessibles pour autant qu'ils tendent à faire reconnaître la possession et à obtenir une caution *de non amplius turbando**. Les motifs sont les mêmes que ceux que nous avons indiqués à l'occasion de l'action négatoire(13). Par contre, les interdits *recuperandae possessionis* et les interdits *retinendae possessionis* fondés sur une dépossession sont pleinement cessibles(14), par analogie de l'action revendicatoire(15). Le cessionnaire pourra se faire restituer la possession et la garder pour lui; le cédant a voulu l'aliéner à son profit(16).

2° Sont complètement incessibles les actions publiques, par lesquelles tout citoyen pouvait se porter accusateur d'un crime (*accusatio criminis*, *in crimen subscribere*)(17), et les actions populaires, c'est-à-dire les actions qui, étant censées intéresser la société entière, appartenaient à tous les citoyens, comme l'action *de sepulcro violato*, l'action *de albo corrupto*, l'interdit *de homine libero exhibendo*(18). Avant la *litis contestatio*, ces actions ne font pas partie du patrimoine d'un citoyen déterminé; elles sont dans le patrimoine du peuple entier(19). Elles ne commencent à appartenir à un citoyen déterminé qu'à partir de la *litis contestatio*, et alors elles sont incessibles comme actions litigieuses.

3° N'admettent pas non plus de cession les actions qui tendent à une réparation morale plutôt que pécuniaire, les *actiones vindictam spirantes**, telles que l'action d'injures(20), l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude du donataire(21) et la *querela inofficiosi testamenti*(22). Une réparation morale ne peut être demandée que par celui dans l'intérêt de qui elle a été établie; un tiers est sans qualité pour la réclamer.

4° Sont encore incessibles les créances ayant pour objet une prestation pécuniaire personnelle au créancier, de telle sorte que, si la prestation était faite à un autre, son contenu serait changé(23); l'objet même de ces créances exclut leur cession. A cette catégorie appartiennent les créances qui ont pour objet la constitution d'une

(13) Cf. n° II, A, 2°, du présent paragraphe.

(14) D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 16 § 4 " habet interdictum unde vi, quo victus « cedere debet.. ». — (15) Cf. n° II, A, 1°, du présent paragraphe.

(16) Cf. Maynz, II, § 190, C i. f. — (17) Arg. D. 48, 1, *de publ. judic.*, L. 13 § 1 initio.

(18) Arg. D. 47, 23, *de popul. act.*, L. 5 i. f. cbn. avec l'initium.

(19) Cf. D. *eod.*, L. 7 § 1, et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 12 pr. i. f.

(20) Arg. D. 47, 10, *de injur.*, L. 28, et D. 37, 6, *de collat. bon.*, L. 2 § 4.

(21) Arg. C. 8, 55 (56), *de revoc. donat.*, L. 7 § 3.

(22) Arg. D. 5, 2, *de inoffic. testam.*, L. 4.

(23) Cf. D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 9 § 1 " proprietas earum et in edentis persona et in ejus cui eduntur constitit.. „.

servitude personnelle ou des aliments[24]; si, dans le dernier cas, le créancier cédait sa créance, la dette alimentaire pourrait manquer son but, qui est de permettre au créancier de vivre[25].

5° Les tuteurs et curateurs ne peuvent se rendre cessionnaires d'une créance contre la personne soumise à leur tutelle ou curatelle. On a craint qu'ils ne fussent entraînés par la cession à détruire les moyens de défense de l'incapable[26]. C'est pourquoi, même après que leur tutelle ou curatelle a pris fin, il ne leur est pas permis de se rendre cessionnaires de créances déjà nées contre l'incapable pendant la gestion; des fraudes eussent été possibles en vue d'une cession future[27].

6° Peut-on céder sa créance contre un fidéjusseur? Si on cède sa créance contre le débiteur principal, on cède virtuellement celle que l'on a contre le fidéjusseur; l'accessoire suit le principal[28]. Il est aussi possible de céder la créance contre le fidéjusseur *sans* la créance principale. Le droit du cédant contre la caution passera tel quel au cessionnaire; celui-ci pourra être repoussé par le bénéfice de discussion. Si la caution paye le cessionnaire, ce payement ayant été fait valablement en vertu de la cession libérera le débiteur principal; la cession de l'accessoire aura amené l'extinction du principal. Mais la cession séparée de la créance contre la caution n'est possible qu'à la condition que le cautionnement continue de garantir la même obligation principale, dans le sens que nous venons d'indiquer; il ne peut être question de transférer l'obligation du fidéjusseur à une autre obligation principale. Ainsi entendue, la cession séparée de la créance contre le fidéjusseur semble ne soulever aucune objection[29].

7° Peut-on céder des créances naissant de conventions bilatérales? Pareille cession est possible à tous égards, qu'il s'agisse de conventions bilatérales parfaites ou de conventions bilatérales imparfaites, de conventions transmissibles ou de conventions intransmissibles aux héritiers des parties. L'associé, le mandant et le mandataire

(24) Arg. D. 2, 15, *de transact.*, L. 8 § 10.

(25) Certaines prestations de services ont le même caractère personnel du côté du créancier; telles sont les *operae officiales*, services d'honneur et de reconnaissance de l'affranchi envers son patron; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 12, vis Sed si delegatus sit. ..... non teneri eum; D. 38, 1, *de oper. libert.*, L. 9 § 1 initio. Cf. Windscheid, II, § 335, 1, c, et Vangerow, III, § 574, *Anm.* 2, p. 107-108.

(26) Nov. 72, c. 5, pr. et § 1 i. f. — (27) Nov. 72, c. 5, § 1 initio.

(28) D. *h. t.*, L. 23 pr.

(29) Voyez en ce sens Molitor, cité, II, n° 1199, Vangerow, III, § 574, *Anm.* 2, p. 108-109, et Windscheid, II, § 335, 1 i. f.

Contra Mühlenbruch, cité, § 28, 2, p. 332, Unterholzner, cité, T. I, § 280, VI, 7, et Puchta, *Kleine civil. Schriften*, p. 467.

peuvent céder leur créance contre le cocontractant, bien que la société et le mandat ne passent pas aux héritiers; la cessibilité des obligations n'a rien de commun avec leur transmissibilité héréditaire[30]. Peu importe aussi que le contractant ne puisse pas se substituer un tiers dans l'exécution de ses obligations; il ne doit pas résulter de là une impossibilité de céder les créances qui lui appartiennent; l'associé peut céder ses créances contre ses coassociés[31]. Il est encore indifférent que la créance naissant du contrat bilatéral ait pour objet des prestations continues ou des prestations successives. Le bailleur[32] et le preneur[33] d'une chose sont admis à

(30) D. 17, 2, *pro socio*, L. 68 pr.; cf. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14 § 3. Cf. T. IV, § 448 et 449, 1° et 2°. En ce sens SCHMID, cité, II, § 32, p. 314, VANGEROW, III, § 574, *Anm.* 2, n° 1, MAYNZ, II, § 190, note 15, et WINDSCHEID, II, § 335, note 13.

Contra MÜHLENBRUCH, cité, § 27, p. 307-309.

(31) D. 17, 2, *pro socio*, L. 68 pr.; cf. D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14 § 3.

(32) D. 7, 1, *de usufr.*, L. 59 § 1, PAUL, " Quidquid in fundo nascitur vel quid-
" quid inde percipitur, ad fructuarium pertinet, pensiones quoque jam antea
" locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad
" exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius
" conductorem repellere ".

" Tout ce qui naît sur le fonds de terre ou tout ce qu'on en retire appartient à
" l'usufruitier, même les fermages de terres antérieurement louées, s'ils ont été
" compris d'une manière spéciale dans l'usufruit. Mais, comme dans le cas de
" vente, l'usufruitier peut expulser le fermier, à moins que les fermages n'aient
" été spécialement exceptés de l'usufruit ".

Paul se demande dans ce passage quel est le droit de l'usufruitier d'un fonds de terre sur les fruits naturels de ce fonds et sur le fermage de terres déjà louées au commencement de l'usufruit. Les fruits naturels lui appartiennent. En principe il ne peut prétendre aux fermages. Toutefois, dit Paul, les fermages lui reviennent si le testateur les lui a accordés d'une manière spéciale (L. 59 § 1 initio); le jurisconsulte veut nous apprendre par là que l'usufruitier dispose alors de l'*actio locati* pour réclamer le payement des fermages, ce qui est seulement possible si cette action lui a été cédée par l'héritier. Mais, se demande Paul, l'usufruitier ne peut-il pas expulser le fermier? Oui, sur le fondement de son droit réel, comme le peut l'acheteur, à moins que le testateur n'ait excepté de l'usufruit les fermages (nisi fuerint specialiter exceptae); dans le dernier cas, le testateur impose à l'usufruitier l'obligation de laisser au fermier la jouissance gratuite du fonds jusqu'à la fin du bail; L. 59 § 1 i. f. Cf. SCHMID, cité, T. II, § 32, p. 319-320.

(33) sauf que la cession est impossible de la part d'un preneur à qui le bail défend de sous-louer.

D. 32, *de leg.* 3°, L. 30 § 1, LABEO *libro secundo posteriorum a* JAVOLENO *epitomatorum*, " Qui hortos publicos a republica conductos habebat, eorum
" hortorum fructus usque ad lustrum, quo conducti essent, Aufidio legaverat et
" heredem eam conductionem eorum hortorum ei dare damnaverat sinereque
" uti eum et frui. Respondi heredem teneri sinere frui : hoc amplius heredem
" mercedem quoque hortorum rei publicae praestaturum ".

" Quelqu'un, qui avait pris à bail d'une ville des jardins publics, avait légué à
" Aufidius les fruits de ces jardins jusqu'à l'expiration des cinq années de bail;

céder, en tout ou en partie, leurs créances respectives résultant du bail; ces créances n'ont aucun caractère personnel[34]. La même cession est permise au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur, lorsque des services ont été loués en vue d'un ouvrage déterminé (*locatio operis*)[35]. Rien n'empêche non plus de céder des créances naissant de conventions bilatérales, bien que le cédé soit encore créancier réciproque du cédant et doive payer seulement après que lui-même aura été payé[36]. Le vendeur peut, avant d'avoir livré la chose vendue, céder sa créance du prix de vente. Mais, tant qu'il n'a pas reçu la chose vendue, l'acheteur repoussera le cessionnaire par l'exception de dol, comme il eût pu repousser le vendeur, car il dispose contre le cessionnaire de toutes les exceptions qu'il avait contre le cédant[37]. Dans le cas d'une convention bilatérale, la cession a pour objet la *créance* résultant de la convention au profit du cédant et non sa *dette* réciproque; cette dette continue de reposer sur la tête du cédant. La cession ne porte pas sur l'ensemble du rapport obligatoire; le cessionnaire ne devient pas vendeur, bailleur, associé, mandant, etc., au lieu et place du cédant. Il ne succède qu'à l'une des faces du rapport obligatoire, à la face active et non à la face passive; au reste il succède seulement à la créance du cédant telle qu'elle appartenait à ce dernier[38].

8° Peut-on céder une obligation naturelle? Oui, avec les droits qui y sont inhérents : compensation, exclusion de la *condictio*

" il avait aussi condamné son héritier à céder à Aufidius le bail des jardins et à " lui permettre d'en user et d'en jouir. J'ai répondu que l'héritier est tenu de " laisser jouir et que de plus il doit payer à la ville le fermage des jardins ".

Le legs dont il s'agit ici avait pour objet la cession d'un louage de choses de la part du preneur " conductionem dare damnaverat " c'est-à-dire la cession de l'*actio conducti*. Javolène déclare le legs valable.

(34) En ce sens Molitor, cité, T. II, n° 1197, Worms, cité, p. 22, Schmid, cité, II, § 32, p. 314-323, Vangerow, III, § 574, *Anm.* 2, n° 1, Maynz, II, § 190, note 15, et Windscheid, II, § 325, note 14.

Contra Mühlenbruch, cité, § 27, p. 310-323. L'auteur admet qu'à l'occasion d'un louage, la cession peut avoir pour objet des créances spéciales telles que le payement du prix, des dommages et intérêts ou la restitution de la chose louée; il conteste la cessibilité de l'ensemble du droit résultant du contrat. Mais si on peut céder une partie de ce droit, pourquoi la cession totale serait-elle impossible? Mühlenbruch lui-même (§ 24, p. 259-262) reconnaît la cessibilité de créances futures.

(35) Dans le louage de services en général (*locatio operarum*), l'ouvrier peut céder sa créance contre le maître. Mais celui-ci ne peut pas céder sa créance contre l'ouvrier; car si la prestation était faite à un autre, son contenu serait changé; cf. le n° II, B, 4°, du présent paragraphe. — (36) Cf. T. III, § 385.

(37) Cf. D. 17, 2, *pro socio*, L. 68 pr., cbn. avec D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14 § 3.

(38) Cf. C. *h. t.*, L. 2.

indebiti, action *ex stipulatu* contre les fidéjusseurs, action hypothécaire, etc.[39]. Dans le cas de cession d'une obligation civile, le cessionnaire jouit de ces droits; la cession d'une obligation naturelle doit être valable dans le même sens[40]. Toutefois, le cessionnaire d'une obligation naturelle peut seulement l'opposer en compensation s'il est devenu débiteur civil du cédé après la cession; s'il lui était permis de compenser avec la créance naturelle ses dettes civiles antérieures à la cession, celle-ci lui fournirait un moyen de se libérer de sa dette civile en achetant à vil prix une créance naturelle contre son créancier civil[41].

9° Est-il permis de céder à un enfant sous puissance une créance contre son père de famille, ou à celui-ci une créance contre celui-là, ou à un enfant sous puissance une créance contre un autre enfant soumis à la même puissance? Rien ne s'oppose à une pareille cession, même si la créance cédée est étrangère aux pécules castrens ou quasi-castrens. Mais, si elle est étrangère à ces pécules, comme une obligation naturelle est seule possible entre personnes unies par la puissance paternelle[42], la créance cédée sera réduite à une obligation naturelle entre le cessionnaire et le cédé[43].

Si une cession a lieu contrairement à l'une des règles précé-

(39) Cf. T. III, § 328.

(40) Arg. D. 36, 1, *ad sctum Trebell.*, L. 41 (40) pr., Paul, " Quamvis senatus de " his actionibus transferendis loquatur, quae jure civili heredi et in heredem " competunt, tamen honorariae actiones transeunt: nulla enim separatio est: " immo et causa naturalium obligationum transit „.

D'après Paul, même les obligations naturelles appartenant au *de cujus* passent du fiduciaire au fidéicommissaire; or cette transmission est analogue à la cession (D. *eod.*, L. 6 § 2 i. f.), tellement que le fidéicommissaire a des actions utiles contre les débiteurs héréditaires; I. 2, 23, *de fideic. heredit.*, § 4 i. f. A la vérité, on pourrait songer à appliquer la disposition finale de notre passage à des obligations *civiles* fondées sur le droit des gens; mais les mots *immo et* indiquent une transition à un nouvel ordre d'idées.

Voyez encore D. 36, 2, *quando dies leg. ced.*, L. 25 § 1. Il résulte de ce texte que les obligations naturelles peuvent faire l'objet d'un legs.

(41) En ce sens Mühlenbruch, cité, § 22, III, Molitor, cité, II, n° 1186, Worms, cité, p. 16-17, Vangerow, III, § 574, *Anm.* 2 initio, et Maynz, II, § 190 et note 12; cf. Windscheid, II, § 335, 1 i. f.

D'autres interprètes repoussent la cessibilité de l'obligation naturelle (Schwanert, *Naturalobligatio*, § 12, p. 176-186. — Schmid, cité, I, § 9, n° III) ou bien l'acceptent en admettant (Molitor, cité, II, n° 1186 i. f.) ou en excluant (D'Avis et Arndts, *Zeitsch. f. Civilr. u. Prozess.* N. F. X (1853), p. 114-125) d'une façon trop générale la compensation. — (42) T. III, § 329, II, 2°.

(43) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 7 " Actiones adversus patrem filio praestari non " possunt, dum in potestate ejus est filius „. Cette loi ne prouve pas qu'on ne puisse céder à un fils de famille une créance contre son père. Vangerow, III, § 574, *Anm.* 2, n° 4, p. 108.

dentes, elle est considérée comme non avenue[44] et le cédant reste créancier[45]. Toutefois, dans le cas d'une cession faite au tuteur ou au curateur du débiteur, celui-ci est libéré[46]; si le cédant était demeuré créancier, il aurait éludé la prohibition de céder en poursuivant le cédé pour compte du cessionnaire[47]. L'incapable n'est plus même obligé naturellement envers le cédant[48].

III. La cession d'une créance exige une juste cause et celle-ci se présente sous deux formes : c'est ou bien un acte juridique ayant pour objet l'aliénation de la créance, ou bien la loi qui, indépendamment d'un acte juridique, impose au créancier l'obligation de transférer sa créance.

A) L'acte juridique ayant pour objet l'aliénation de la créance peut être une vente[49], une donation[50], une constitution de dot[51], une société[52], une convention de partage[53], une dation en payement[54], une transaction, un legs[55], un jugement rendu à l'action en partage[56], ou à une autre action; notamment le demandeur victorieux peut être autorisé par le magistrat à saisir des créances appartenant au défendeur, à l'effet de poursuivre comme cessionnaire les débiteurs du défendeur[57]. En général, ces actes juridiques demeurent soumis aux principes du droit commun. S'agit-il de donner une créance supérieure à 500 solides, la donation, pour être valable, doit être insinuée[58]; si c'est un époux qui fait donation de la créance à son conjoint, la libéralité ne produit ses effets que si le donateur décède dans le mariage sans l'avoir révo-

(44) C. 8, 36 (37), *de litig.*, L. 2 i. f. — (45) Arg. du même texte.

(46) Nov. 72, c. 5. — (47) Nov. 72, c. 5, § 1.

(48) Arg. Nov. 72, c. 5, § 1, v^is^ lucrum sit minoris..... minor lucretur. En ce sens MOLITOR, cité, II, n° 1201 i. f., SCHWANERT, *Naturalobligatio*, § 23, p. 478-479, MACHELARD, *Obligations naturelles*, p. 520-521, et VANGEROW, III, § 574, *Anm.* 2, n° 2, p. 111-112. Contra MÜHLENBRUCH, cité, § 32, p. 392-393.

De même, dans le cas d'une cession faite à un homme puissant (cf. note 3 du présent paragraphe), le débiteur est libéré pour un motif analogue (C. 2, 13 (14), *ne lic. potent.*, L. 2), sans qu'il subsiste une obligation naturelle; arg. L. 2 cit., v^is^ *debiti* creditoris jactura multentur. On a soutenu que la créance profitait ici au fisc (MÜHLENBRUCH, cité, § 30, p. 377-378); mais voyez WEBER, *Natürliche Verbindlichkeiten*, § 94 initio, MOLITOR, cité, II, n° 1200 initio, SCHWANERT, *Naturalobligatio*, § 23, p. 476, MACHELARD, *Obligations naturelles*, p. 517, et VANGEROW, III, § 574, *Anm.* 2, n° 1, p. 110-111. On a aussi défendu la persistance d'une obligation naturelle (SCHWANERT, loc. cit.); mais voyez WEBER, loc. cit., MOLITOR, cité, II, n° 1200 i f., et VANGEROW, III, § 574, *Anm.* 2, n° 1, p. 111. Cf. MACHELARD, loc. cit.

(49) C. *h. t.*, L. 8. — (50) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 33 pr.

(51) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 2. — (52) D. 17, 2, *pro socio*, L. 3 pr.

(53) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 2 § 5. — (54) C. 4, 15, *quando fisc. v. priv.*, L. 5.

(55) C. 6, 37, *de leg.*, L. 18. — (56) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 3.

(57) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 15 § 8 et 10. — (58) Cf. I. 2, 7, *de donat.*, § 2.

quée[59]. De son côté, le legs d'une créance doit réunir les conditions ordinaires requises pour la confection d'un legs et il devient seulement efficace si l'hérédité est acquise par ceux qui y étaient appelés en premier lieu[60]. Mais, dans le cas de vente, le transfert de la créance à l'acheteur n'exige pas le payement du prix de la cession, quoique, dans le cas de vente d'une chose corporelle, le transfert de la propriété soit subordonné au payement du prix[61]; la dernière règle a un caractère exceptionnel, elle n'admet pas d'extension analogique[62].

B) La loi oblige à la cession d'une créance dans les cas suivants :

1° Le débiteur solidaire poursuivi pour le tout peut exiger du créancier la cession des actions qui lui appartiennent à raison de la dette, à moins que le recours contre ses coobligés ne lui soit directement refusé[63].

2° Le tiers acquéreur de bonne foi d'une chose hypothéquée, c'est-à-dire celui qui a acquis cette chose sans avoir connu l'hypothèque, peut, lorsqu'il est poursuivi par le créancier hypothécaire, réclamer de celui-ci la cession de ses droits et actions, en lui offrant le payement de sa créance[63a].

3° Lorsque le défendeur à une action quelconque se trouve par sa faute empêché de restituer en nature la chose réclamée et qu'il est condamné à en payer l'estimation, il peut contraindre le demandeur à lui céder ses actions relatives à la chose. Le demandeur obtenant la valeur de la chose, il est juste qu'il se dépouille de ses droits par rapport à elle. En réalité la chose qui fait l'objet de la demande, est réputée vendue au défendeur pour le montant de l'estimation[64]. Ce principe s'applique à la revendication[65], à la pétition d'hérédité[66] et aux actions personnelles[67]. En général, le défendeur a droit à la cession des actions du demandeur, alors même qu'il est condamné pour dol[68]. Il faut en excepter le cas où il s'agit d'un défendeur à la revendication[69] ou à la pétition d'hérédité[70]; autrement le défendeur disposerait d'un moyen commode de s'appro-

(59) Cf. D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32 pr., § 1, 2 et 14 initio, L. 62 § 1 initio. — (60) Cf. D. 31, *de leg. 2°*, L. 81, et D. 32, *de leg. 3°*, L. 1 § 9.

(61) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 19.

(62) En ce sens Mühlenbruch, cité, § 42, p. 456-457, et Schmid, cité, I, § 21, A, 2, p. 203-204. Cf. Puchta, *Vorles.* II, § 281-282, 2 initio, et *Kleine civil. Schriften*, p. 461-462. — (63) Cf. T. III, § 334, I, B, et § 335 avec les notes 8 et 15.

(63a) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 19. — (64) D. 6, 2, *de Public. act.*, L. 7 § 1 initio.

(65) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 63 initio. — (66) Arg. L. 63 initio cit.

(67) D. 4, 9, *nautae caupones*, L. 6 § 4 initio; D. 19, 2, *loc.*, L. 25 § 8; D. 42, 1, *de re judic.*, L. 12; D. 47, 2, *de furt.*, L. 54 (53) § 3.

(68) D. 42, 1, *de re judic.*, L. 12; D. 11, 3, *de servo corrupto*, L. 14 § 9.

(69) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 69-70. — (70) Arg. L. 69-70 cit.

prier le bien d'autrui, en se faisant condamner au payement de sa valeur(71).

Dans les trois cas précités, la cession de créance imposée au demandeur vis-à-vis du défendeur constitue pour ce dernier un moyen de défense; c'est le bénéfice de cession d'actions (*beneficium cedendarum actionum**).

4° Lorsque le débiteur d'une chose à un titre quelconque est libéré de son obligation, parce qu'il est dans l'impossibilité de livrer la chose par suite d'une circonstance qui ne lui est pas imputable, il doit au moins céder à son créancier les actions qu'il a pu acquérir par rapport à la chose. La règle s'applique à la vente(72), au dépôt(73), à l'obligation d'exécuter un legs(74), ainsi qu'au défendeur à la revendication(75), à la pétition d'hérédité(76) et à l'action hypothécaire(77).

5° Quiconque acquiert une créance dans l'administration des affaires d'autrui (comme mandataire, gérant d'affaires, tuteur ou curateur), est tenu de la céder à son principal(78). L'administrateur doit même céder la restitution en entier qu'il a pu acquérir; si le gérant d'affaires est mineur, il doit céder au maître la restitution en entier pour cause de minorité(79). Toutefois, le principal n'a pas droit à la cession de la restitution en entier s'il a renoncé à ce bénéfice, par exemple en donnant un mandat à un mineur, alors qu'il connaissait son âge(80).

(71) L. 70 cit. i. f. — (72) I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 3*a* i. f.

(73) D. 16, 3, *depos.*, L. 16.

(74) D 9, 2, *ad leg. Aquil.*, L. 15 pr. Si la chose léguée périt totalement par la faute d'un tiers avant l'adition d'hérédité, le legs n'ayant plus d'objet ne peut plus être acquis au légataire lors de l'adition d'hérédité et partant l'action de la loi *Aquilia* reste à l'héritier; L. 15 pr. cit. initio. Mais si un tiers détériore la chose léguée ou bien la fait périr en partie avant l'adition d'hérédité, le légataire n'en acquerra pas moins le legs et l'héritier devra lui céder l'action Aquilienne; L. 15 pr. cit. i. f. — (75) D. 6, 1, *de rei vindic.*, L. 21 initio.

(76) D. 5, 3, *de hered. petit.*, L. 20 § 17, L. 40 § 2.

(77) Arg. des textes cités aux deux notes précédentes.

(78) D. 17, 1, *mand.*, L. 43; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 13 pr.; l'action *in factum* dont il est question à la fin du dernier texte, est l'*actio venditi utilis quasi ex jure cesso*. Cf. D. 26, 9, *quando ex facto tut.*, L. 2.

(79) D. 4, 4, *de minor.*, L. 24 pr., Paul, « Quod si minor sua sponte negotiis « majoris intervenerit, restituendus erit, ne majori damnum accidat. Quod si hoc « facere recusaverit, tunc si conventus fuerit negotiorum gestorum, adversus « hanc actionem non restituitur : sed compellendus est sic ei cedere auxilio in « integrum restitutionis, ut procuratorem eum in rem suam faciat, ut possit per « hunc modum damnum sibi propter minorem contingens resarcire ».

Le gérant d'affaires mineur peut se faire restituer en entier et le maître profitera de cette restitution. Si le gérant se refuse à réclamer la restitution, le maître le poursuivra par l'action directe de gestion d'affaires, dans le but de se faire céder le bénéfice de la restitution en entier, et le défendeur ne pourra pas invoquer la restitution contre cette demande. Cf. Paul, I, 9, § 2 i. f.

(80) Paul, I, 9, § 2 initio.

Comme la juste cause de cession est tantôt un acte juridique, tantôt la loi, les auteurs ont l'habitude de distinguer des cessions volontaires et des cessions nécessaires[81].

IV. Dans le dernier état du droit romain, la cession des créances est en général parfaite indépendamment d'un mandat *ad litem* ou d'une cession des actions du créancier; par cela seul qu'il existe une juste cause de cession, le cessionnaire est de plein droit investi des actions du cédant; il peut exercer celles-ci comme actions utiles. Toutefois les codébiteurs solidaires ont besoin de se faire céder d'une manière réelle les actions du créancier[82].

Section II. — **Effets de la cession.**

§ 350. EFFETS ENTRE LE CÉDANT ET LE CESSIONNAIRE.

SCHLIEMANN, *Die Haftung des Cedenten*, Rostock, 1850, 2e édition, 1re de 1848.

La cession d'une créance est une aliénation; le droit commun des aliénations lui est applicable. En conséquence :

I. Le cédant est obligé de procurer au cessionnaire les avantages de la créance, notamment de lui céder ses actions[1]. A plus forte raison, ne peut-il pas éteindre la créance par son fait et dépouiller ainsi le cessionnaire de son droit, en recevant le payement, en remettant la dette au débiteur, en concluant une novation avec lui, etc.[2], sinon il doit payer des dommages et intérêts au cessionnaire[3].

II. En ce qui concerne la garantie due par le cédant au cessionnaire, il y a lieu de séparer les cessions à titre onéreux des cessions à titre gratuit.

A) Dans le cas d'une cession à titre onéreux, le cédant doit garantir l'existence[4] et l'efficacité[5] de la créance; il est donc soumis à un recours de la part du cessionnaire si la créance cédée n'est que naturelle ou bien si le débiteur dispose d'une exception de dol ou de violence[6]. Le cédant doit encore garantir le montant de la créance si, comme il arrive d'habitude, ce montant est indiqué dans le contrat de cession; car par cette mention il affirme une qualité de la créance[6]. Mais en règle générale il ne répond pas de la solvabilité du débiteur. Cette solvabilité n'affecte pas le droit

(81) MÜHLENBRUCH, cité, § 40-45, PUCHTA, *Pand.*, § 281 initio, et *Vorles.* II, § 281-282 initio, MOLITOR, cité, II, nos 1203-1210, WORMS, cité, p. 31-34, et VANGEROW, III, § 574, *Anm.* 4. Cf. ARNDTS, § 255, *Anm.* 3, et WINDSCHEID, II, § 330 et note 6 initio. — (82) Cf. le paragraphe précédent no I, 2o.

(1) D. *h. t.*, L. 23 pr. — (2) Cf. le paragraphe suivant no I. — (3) L. 23 § 1 cit.

(4) D. *h. t.*, L. 4 i. f. — (5) D. *h. t.*, L. 5 initio. — (6) Arg. L. 5 cit. i. f.

même du créancier; c'est un simple fait que le cessionnaire peut e doit vérifier avant de contracter; s'il a négligé de s'en enquérir, i supporte la peine de son incurie(7). Par dérogation à la règle :

1° Le cédant peut, par une clause spéciale du contrat, garanti la solvabilité du débiteur(8). Il doit alors garantir que le débiteu est solvable au moment de la cession, mais il ne répond pas de so insolvabilité subséquente. En droit, en affirmant que le débiteu peut payer, le cédant se borne à affirmer qu'il peut payer actuel lement; en supposant même que la clause soit douteuse, le dout doit profiter au promettant. En fait, si le débiteur devient insol vable après coup, c'est par suite de la négligence apportée à la pour suite que le cessionnaire subit une perte. Toutefois, si la créanc cédée est conditionnelle ou à terme, la garantie de la solvabilité d débiteur se réfère à l'époque de l'accomplissement de la conditio ou de l'expiration du terme; ce n'est qu'à cette époque que la solva bilité du débiteur présente de l'intérêt; c'est donc à elle que le parties ont entendu se rapporter(9).

2° Le cédant qui connaît l'insolvabilité du débiteur au momen de la cession, doit la déclarer au cessionnaire, sinon il répond d son dol(10).

On résume les règles précédentes, en disant que le cédant doi prester le *nomen verum** mais non le *nomen bonum**.

Doit-il garantir les accessoires de la créance cédée, tels que le intérêts, la peine conventionnelle, l'hypothèque ou la fidéjussion En principe non; ces accesoires ne font pas l'objet de la cession et le cessionnaire doit s'imputer à lui-même d'en avoir suppos gratuitement l'existence. Le cédant n'est soumis à la garantie de accessoires de la créance que s'ils ont été compris dans la cessio d'une manière spéciale. Cette garantie est régie par les même règles que celle de l'obligation principale. Elle comprend don

(7) D. *h. t.*, L. 4 initio; D. 21, 2, *de evict.*, L. 74 § 3. — (8) D. *h. t.*, L. 4.

(9) En ce sens Molitor, cité, II, n° 1217 initio, et Maynz, II, § 189, note 15.

(10) Arg. D. 21, 2. *de evict.*, L. 74 § 3. On a prétendu que celui qui donnait un créance en dot, devait garantir de plein droit la solvabilité du débiteur cédé Mais la seule faveur du mariage ou de la dot ne justifie pas cette exceptio *Non obstant* D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 49 pr., et D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 41 § 3. L premier texte rend le mari responsable de l'insolvabilité d'un débiteur dota lorsqu'il a négligé de le poursuivre pendant qu'il était solvable, ce qui n'a rie de commun avec notre question. Le second passage s'occupe aussi de la respon sabilité du mari vis-à-vis de la femme; il décide que le mari qui stipule condi tionnellement une dot d'un débiteur de la femme qu'il sait être actuellemen insolvable, est censé accepter ce débiteur à ses risques et périls pour le cas o la condition de la stipulation viendrait à s'accomplir. En ce sens Maynz, II § 310 et note 35. Contra Mühlenbruch, cité, § 64, II, p. 630, cbn. avec § 38, I 10, p. 431-434, et Molitor, cité, II, n° 1216 i. f.

existence et l'efficacité du droit accessoire, ainsi que son montant si l'acte de cession l'indique, par exemple s'il fixe le taux de l'intérêt. Mais le cédant ne répond pas de la solvabilité du fidéjusseur, ni de la suffisance de l'hypothèque, sauf les cas de convention spéciale et de dol; le droit d'hypothèque existe valablement malgré l'insuffisance du prix de vente. Le cédant ne répond pas davantage du rang de l'hypothèque[11], sauf les mêmes exceptions; celui qui affirme d'une manière générale l'existence d'une hypothèque, ne garantit pas pour cela que cette hypothèque est première en rang et d'ailleurs, dans le doute, on se prononce pour le promettant. Mais le cédant trompe le cessionnaire si, sachant que son hypothèque est seulement seconde en rang, il ne le déclare pas au cessionnaire qui la croit première en rang.

B) Si la cession de la créance se fait à titre gratuit, le cédant ne doit aucune garantie au cessionnaire; l'auteur d'une libéralité ne veut transférer au gratifié que les droits qu'il peut avoir lui-même[12]. Le cas de dol déroge comme toujours au droit commun[13].

§ 351. EFFETS VIS-A-VIS DU DÉBITEUR.

I. La cession comme telle est sans effet vis-à-vis du débiteur; elle est pour lui une *res inter alios acta*. Donc en principe la dette persiste entre le cédant et le cédé; elle peut s'éteindre entre eux par le payement, la remise, la novation, etc.; si, après cette extinction, le cessionnaire se présente, le débiteur libéré de sa dette n'est plus tenu de le payer[1]. Mais le débiteur est lié envers le cessionnaire lorsque la cession lui a été notifiée[2] ou qu'il l'a reconnue[3]. La notification peut se faire d'une façon quelconque : judiciairement, par la notification de l'exploit, ou extrajudiciairement, par écrit ou de vive voix, par le cessionnaire ou par le cédant. De même, la reconnaissance de la cession n'est assujettie à aucune forme; elle peut avoir lieu tacitement, par exemple si le débiteur cédé fait un payement partiel au cessionnaire[4]; elle peut aussi se

(11) D. 20, 1, *de pignor.*, L. 30 « Periculum pignorum nominis venditi ad emptorem pertinet, si tamen probetur eas res obligatas fuisse ».

D. 21, 2, *de evict.*, L. 68 § 1 « Creditor, qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit, evictis pignoribus quae prior creditor accepit nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit ».

(12) D. 30, *de leg. 1°*, L. 75 § 1 initio et 2 i. f.; arg. D. 39, 5, *de donat.*, L. 18 § 3 initio. — (13) Arg. L. 18 § 3 cit. i. f.

(1) C. 4, 35, *mand.*, L. 3; C. 8, 16 (17), *quae res pign.*, L. 4 " nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus "; C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 3 pr.; D. 2, 15, *de transact.*, L. 17. — (2) C. 8, 41, *de novat.*, L. 3 pr.

(3) Arg. L. 3 pr. cit. " vel aliquid ex debito accipiat.. ".

(4) Même passage.

faire vis-à-vis du cédant[5]. Mais il ne suffit pas que de fait le débiteur ait connu la cession; un avertissement doit lui être donné par le cédant ou par le cessionnaire; il n'a pas besoin d'ajouter foi à un bruit de cession[5a]. A partir de la notification ou de la reconnaissance de la cession, le cédé cesse d'être débiteur du cédant; son véritable créancier est maintenant le cessionnaire et par conséquent il ne se libère plus en payant le cédant[6]. Si le cédant et le cessionnaire actionnent simultanément le débiteur, le cessionnaire l'emporte[7].

II. Quel est l'effet, vis-à-vis du débiteur, de deux cessions successives? Tant qu'aucune d'elles n'a été notifiée au débiteur (ou n'a été reconnue par lui), elles sont inexistantes pour lui; il reste lié exclusivement envers son créancier originaire. Si le premier cessionnaire notifie avant le second, il lie le débiteur envers lui; il exclut à la fois le cédant et le second cessionnaire, même si ce dernier notifie plus tard; car la supériorité de son titre est établie vis-à-vis du débiteur. Si le second cessionnaire notifie avant le premier, le débiteur commence à être tenu envers lui; mais, si le premier cessionnaire notifie ultérieurement, le débiteur est dégagé vis-à-vis du second cessionnaire et commence à être tenu envers le premier; dans ce cas encore, le titre de celui-ci apparaît manifestement comme le meilleur à l'égard du débiteur; la notification faite par le premier cessionnaire doit exclure le second, de la même manière que la notification d'une cession unique exclut le cédant[8]. Si les deux cessionnaires poursuivent simultanément le cédé en justice, le premier est préféré[9].

III. *Quid* dans le cas où le cessionnaire d'une créance la cède de son côté à une autre personne? Si l'arrière-cessionnaire notifie le premier, il lie le cédé envers lui; il exclut à la fois le cédant et le cessionnaire principal, même si ce dernier notifie plus tard, car la supériorité de son titre est manifeste pour le cédé. Si le cessionnaire principal notifie le premier, il lie encore le cédé envers lui; mais, si l'arrière-cessionnaire notifie après coup, le cédé est dégagé vis-à-vis du cessionnaire principal et commence à être lié envers l'arrière-cessionnaire, tout comme, dans le cas d'une cession

(5) Cette reconnaissance implique une notification faite par le cédant.

(5a) Cf. C. 2, 4, *de transact.*, L. 17. Contra Glück, *Pand.* XVI, § 1020, p. 424-426.

(6) Arg. C. 8, 41, *de novat*, L. 3 pr. — (7) D. 3, 3, *de procur.*, L. 55.

(8) Voyez en ce sens Mühlenbruch, cité, § 48, a i. f., Molitor, cité, II, n° 1218 i. f, Baehr, cité, § 12, p. 435-439, Dernburg, *Pfandrecht* I, p. 472, Worms, cité, p. 49-50, Schmid, cité, II, § 31, p. 297-298, Vangerow, III, § 575, *Anm.* 4, et Windscheid, II, § 331 et note 10.

Contra Gœschen, II, § 380, Puchta, *Vorles.* II, § 283 initio, et Sintenis, II, § 128 et note 77. — (9) Arg. D. 3, 3, *de procur.*, L. 55.

nique, la notification émanée du cessionnaire dégage le cédé vis-à-is du cédant et le lie envers le cessionnaire; le cessionnaire princi-al et l'arrière-cessionnaire sont en réalité respectivement cédant et essionnaire. Si l'arrière-cessionnaire poursuit en même temps que e cédant ou le cessionnaire principal, il obtient la préférence[10].

IV. Le cessionnaire qui poursuit le débiteur, doit établir sa ualité. Il doit aussi fournir au débiteur une caution de le défendre ontre une poursuite ultérieure du cédant, qui soutiendrait que la ession est nulle[11], voire même contre la poursuite subséquente l'un cessionnaire qui soutiendrait que l'autre cession est nulle[12]. ans tous les cas, le cessionnaire payé est tenu de défendre le débiteur contre des poursuites subséquentes[13]. De même, si le édant réclame le payement, en contestant la validité d'une cession notifiée au débiteur, il doit fournir caution de le défendre contre ne poursuite ultérieure du cessionnaire et, le cas échéant, le défendre effectivement[14].

V. La cession d'une créance étant une aliénation, le cessionnaire en principe tous les droits du cédant[15], mais non des droits plus étendus[16].

A) Il a tous les droits du cédant, qu'ils soient principaux ou accessoires. A cette dernière catégorie appartiennent les intérêts conventionnels, la peine stipulée, l'hypothèque ou la fidéjussion qui garantit la créance cédée; l'accessoire suit le principal[17]. Le cessionnaire profite de ces avantages de la créance, même si le édant les a stipulés après la cession, auquel cas ils constituent un *commodum rei*[18].

1° Le cessionnaire a-t-il droit aux privilèges du cédant? L'affirmative ne semble pas douteuse pour les privilèges réels, c'est-à-dire nhérents à la créance; le privilège est un accessoire de la créance; le caractère exceptionnel de l'accessoire est indifférent. Lorsqu'il

(10) Arg. L. 55 cit. Cf. Windscheid, II, § 334 i. f.

(11) arg. D. 31, *de leg. 2°*, L 8 § 3, et D. 32, *de leg. 3°*, L. 11 § 21, à moins que la juste cause de cession ne soit une disposition de la loi; D. 3, 3, *de procur.*, L. 33 § 5 i. f.; la L 33 § 5 cit. applique le même principe à l'action directe du cessionnaire. Cette caution rend inutile la caution *ratam rem dominum habiturum;* I. 4, 11, *de satisd.*, § 3 — (12) Cf. le n° II du présent paragraphe.

(13) Arg. D. 31, *de leg. 2°*, L. 8 § 3. Cf. Windscheid, II, § 334 initio.

(14) Arg. D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 37, et D. 31, *de leg. 2°*, L. 8 § 3. Cf. Windscheid, II, § 334 et note 4. — (15) D. *h. t.*, L. 23 pr.

(16) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 7 § 1; D. 2, 15, *de transact.*, L. 17.

(17) D. *h. t.*, L. 23 pr.; C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 7.

(18) D. *h. t.*, L. 6. Dans le cas d'une créance alternative ou portant sur un genre proprement dit, le cessionnaire succède au choix du cédant; cf. T. III, § 324 et note 20, § 326, II i. f.

s'agit d'un privilège personnel au cédant, les effets que ce privilège a déjà produits au moment de la cession, passent au cessionnaire; ils sont devenus un accessoire ordinaire de la créance; l'émolument acquis par le cédant en vertu de son privilège n'a rien de personnel. Mais le privilège personnel considéré en lui-même ne profite pas au cessionnaire, il ne produit plus de nouveaux effets en sa faveur; sa nature s'y oppose; il était attaché à une personne déterminée et inséparable de celle-ci. D'après cela, si le fisc cède une de ses créances, le cessionnaire pourra réclamer les intérêts qui ont couru jusqu'au jour de la cession, à raison du privilège personnel qui rend les créances fiscales productives d'intérêts légaux; mais, à partir de la cession, le cours des intérêts sera arrêté[19]. De même, le cessionnaire d'une créance fiscale succédera à l'hypothèque privilégiée du fisc; le privilège du fisc, malgré son caractère personnel, a produit son effet; les biens du débiteur sont frappés de l'hypothèque privilégiée[20]. Ainsi encore, lorsqu'un mineur a fait un contrat contre lequel il dispose de la restitution en entier, il peut, à sa majorité, céder à un tiers tous les droits qui lui appartiennent du chef de ce contrat et accessoirement son bénéfice de restitution en entier[21]. Mais un simple privilège personnel de payement (*privilegium exigendi*)[22] ou de procédure,

(19) *Non obstat* D. 22, 1, *de usur.*, L. 43, Modestin, « Herennius Modestinus « respondit ejus temporis quod cessit, postquam fiscus debitum percepit, eum, « qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras quae in stipulatum deductae « non sunt, petere posse ».

« Herennius Modestinus a émis l'avis que celui qui agit par les actions que le « fisc lui a cédées, peut, pour le temps écoulé après l'acquisition de la créance « de la part du fisc, réclamer des intérêts non stipulés ».

Le fisc avait recueilli une hérédité qui comprenait une créance non productive d'intérêts. En vertu de son privilège, il avait droit aux intérêts à partir du jour où l'hérédité lui était échue. Plus tard le fisc céda cette créance. Question de savoir si le cessionnaire pouvait se faire payer des intérêts par le débiteur pour l'époque postérieure à l'acquisition de l'hérédité par le fisc. Oui, selon Modestin. Mais il faut restreindre sa décision en ce sens que les intérêts auront cessé de courir avec la cession. Si le jurisconsulte ne le dit pas expressément, on peut supposer que, dans l'espèce qui lui était proposée, il ne s'agissait que des intérêts pour l'intervalle compris entre l'acquisition de l'hérédité par le fisc et la cession de la créance. Mommsen intercale un *non* entre *petere* et *posse*, conformément aux *Basiliques* XXIII, 3, c. 43. Mais cette correction n'est pas justifiée. Les Basiliques ne lui donnent aucun appui; elles statuent que si un tiers paye le fisc, au lieu et place du débiteur, et obtient la cession des actions du fisc, il n'a pas droit aux intérêts pour l'époque postérieure à la cession. Cette décision est conforme à l'interprétation donnée ci-dessus du fragment de Modestin et elle condamne la correction qu'on veut faire subir à ce fragment.

(20) C. 7, 73, *de privil. fisci*, L. 7; cf. C. 8, 18 (19), *de his qui in prior. credit.*, L. 2.

(21) Cf. D. 4, 4, *de minor.*, 24 pr., et T. III, § 349 et note 79.

(22) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 42 « Ex pluribus tutoribus in solidum unum

par exemple un *forum* privilégié, ne profite pas au cessionnaire; d'un droit acquis au cédant lors de la cession il ne peut être question dans l'espèce[23].

2° Une question connexe est celle de savoir si le cessionnaire peut appliquer ses propres privilèges à la créance cédée. La négative est seule fondée en droit et en équité; en droit, la cession d'une créance étant une aliénation, ne peut transférer au cessionnaire des droits qui n'appartenaient pas au cédant, et l'équité défend d'aggraver la position du débiteur sans son consentement. Donc le fisc cessionnaire ne peut invoquer son hypothèque privilégiée ni son droit aux intérêts légaux[24]; il faut aussi refuser au cessionnaire un

« tutorem judex condemnavit. In rem suam judicatus procurator datus privi-« legium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur : non enim causae, « sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem ».

Il s'agit dans ce passage du privilège de payement dont jouissait le pupille à l'époque classique et qui, en droit nouveau, a été élevé au rang d'hypothèque légale.

(23) Ces règles sont assez généralement adoptées par les interprètes modernes du droit romain; il ne règne guère entre eux que des divergences de détail. Puchta, *Kleine civil. Schriften*, p. 497-499. — Molitor, cité, II, nos 1220-1222. — Worms, cité, p. 44-47. — Schmid, II, § 36, p. 379-387 et 391-392. — Vangerow, III, § 575, *Anm.* 2 initio. — Windscheid, II, § 332, 2.

Cf. Unterholzner, cité, T. I, § 282, II, 1, Mühlenbruch, cité, § 56, Thibaut, I, § 464 initio, et Maynz, II, § 189, B, 1°. Les deux premiers auteurs accordent au cessionnaire les privilèges personnels du cédant, dès que ce dernier y a intérêt. Thibaut refuse les dits privilèges au cessionnaire, à moins que la cession ne soit faite par le fisc. Maynz attribue au cessionnaire les privilèges acquis au cédant au moment de la notification du transport.

On a cessé de soutenir un ancien système accordant seulement les privilèges du cédant au cessionnaire lorsque celui-ci intentait l'action directe cédée à la suite d'un acte juridique, à l'exclusion du cas où il exerçait soit l'action directe cédée en vertu de la loi, soit l'action utile.

(24) Voyez encore D. 4, 4, *de minor.*, L. 38 pr., Paul, « Aemilius Larianus ab « Ovinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniae, ita « ut, si intra duos menses ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non sol-« visset, inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non « numerasset, similiter esset inemptus. Intra priores duos menses Lariano « defuncto Rutiliana pupillaris aetatis successerat, cujus tutores in solutione « cessaverunt. Venditor denuntiationibus tutoribus saepe datis post annum « eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. Pupilla in integrum « restitui desiderabat : victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi « provocaverat. Putabam bene judicatum, quod pater ejus, non ipsa contraxerat : « imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae inci-« disset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. Dicebam posse magis ea « ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat « esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur : non « me moveri quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus « distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. Quia tamen lex com-

privilège de payement qui lui appartiendrait à titre personnel(25). Toutefois, le cessionnaire est admis à invoquer ses privilèges de procédure, tels qu'un *forum* privilégié(26); ces privilèges ne touchent pas au fond de la créance et le cessionnaire qui en use, n'exerce pas à vrai dire des droits plus étendus que ceux du cédant(27).

« missoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam. Movit etiam « illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant ».

Ovinius avait vendu à Aemilius Larianus le fonds Rutilien avec un pacte commissoire. Peu de temps après ce contrat, l'acheteur vint à décéder laissant pour héritière sa fille impubère Rutiliana. Les tuteurs de celle-ci ne payèrent pas le prix dans les délais convenus, nonobstant des sommations nombreuses faites après l'expiration des délais convenus, et le vendeur, considérant la vente comme résolue, vendit l'immeuble à Claudius Telemachus. Les tuteurs de Rutiliana furent destitués de la tutelle et remplacés par d'autres, qui demandèrent la restitution en entier. Repoussée en première instance devant le préteur et en appel devant le préfet de la ville, Rutiliana forma un second appel auprès de l'empereur. Le jurisconsulte Paul, qui assistait le prince, pensait qu'on aurait pu maintenir la vente en faveur de la pupille, parce que le vendeur ayant sommé les tuteurs de payer le prix après l'expiration des délais fixés, avait renoncé au bénéfice du pacte commissoire; D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 7. Mais le jurisconsulte se prononçait contre la restitution en entier implorée par la pupille; il s'fondait sur ce que l'achat de l'immeuble avait été fait par le père et non par la fille (quod pater ejus, non ipsa contraxerat); la fille ne pouvait pas avoir plus de droit que son auteur. Or ce motif s'applique en tous points au cas d'une cession de créance faite à un mineur; il faut donc refuser au cessionnaire mineur le bénéfice de la restitution en entier. Sans doute l'empereur accorda à Rutiliana la restitution demandée, mais sans s'attaquer au motif de Paul. Il se laissa déterminer par d'autres considérations, à savoir que le pacte commissoire ne méritait pas de faveur, que les premiers tuteurs de la pupille avaient été destitués et surtout que la vente avait été résiliée vis-à-vis de la pupille et non vis-à-vis de son père. Paul remarque avec raison que le dernier fait est indifférent; s'il était concluant il faudrait dire aussi que si un créancier hypothécaire du père non payé par la fille héritière vendait la chose hypothéquée, la restitution en entier serait possible contre cette vente, ce qui n'est pas soutenable.

(25) Cf. D. 22, 1, *de usur.*, L. 17 § 6, L. 43, et D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 6 pr. initio. D'après ces textes, le fisc qui succède à quelqu'un à titre universel, peut exiger des débiteurs de son auteur 6 % d'intérêts, malgré l'absence d'une stipulation, et il jouit d'un privilège de payement, au moins vis-à-vis des créanciers qui ont contracté avec son auteur postérieurement à la succession universelle; cf. POTHIER, *Pand. Justin.* 49, 14, n° 38, note *g*. Mais ces dispositions concernant l'hérédité ayant un caractère exceptionnel ne peuvent être étendues à la cession des créances. — (26) Voyez encore D. 4, 4, *de minor.*, L. 7 § 4.

(27) Bien que ces règles relatives aux privilèges personnels du cessionnaire soient professées par la majorité des auteurs, sauf des divergences secondaires (PUCHTA, *Kleine civil. Schriften*, p. 489-402. — MOLITOR, cité, II, n° 1223. — WORMS, cité, p. 47-49. — SINTENIS, II, § 128 et note 91. — VANGEROW, III, § 575, *Anm.* 2 i. f.) on a aussi voulu accorder au cessionnaire l'usage illimité de ses privilèges (THIBAUT, I, § 464 initio, et BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, p. 99-100. — SCHMID, cité, II, § 36, p. 387-391 et p. 392-393. — WINDSCHEID, II, § 362 i. f.) ou du moins

B) En ce qui concerne les exceptions du débiteur, il convient de parer les exceptions dont le débiteur disposait contre le cédant, celles qui ont leur cause dans la personne du cessionnaire.

1° Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il ait contre le cédant, sinon le cessionnaire aurait des droits plus endus que le cédant[28]. Le cédé dispose même contre le cessionire des exceptions personnelles au cédant; la substitution du ssionnaire au créancier primitif a été amenée par le fait du cesonnaire; c'est ce dernier qui a mis le débiteur dans l'impossibilité ser vis-à-vis du cédant de son exception personnelle; dès lors ne doit pas être admis à se prévaloir de la personnalité de xception[29]. Notamment, le débiteur peut opposer au cessionire l'exception de dol qu'il a acquise contre le cédant[30], l'excep-

céder pareille faveur au fisc; MÜHLENBRUCH, cité, § 58. Cf. MAYNZ, II, § 189 note 25. — (28) D. 2, 15, *de transact.*, L. 17.

(29) On admet généralement que le cessionnaire doit subir les exceptions rsonnelles au cédant; voyez MÜHLENBRUCH, cité, § 59, p. 584-538, MOLITOR, é, II, n° 1228, SCHMID, cité, II, § 15, p. 136-144, § 37, p. 393-406, et VANGEw, III, § 575, *Anm.* 1, p. 114-115. Toutefois WINDSCHEID, II, § 332 et note 2, ge que la cession ait été faite dans le but de priver le débiteur de son excepn et l'on déroge souvent à la règle pour des exceptions déterminées; cf. notes à 32 du présent paragraphe.

(30) *Non obstat* D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 27-28, ULPIEN, § 27 " De uctoris dolo exceptio emptori non obicitur. Si autem accessione auctoris titur, aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem tiam emptori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere „.

§ 28 " Si cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem : exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati „.

§ 27 " Une exception ne peut pas être opposée à l'acheteur du chef du dol de son auteur. Mais si l'acheteur invoque la possession de son auteur, il a paru très juste que celui qui se prévaut de cette possession, souffre du dol de son auteur et l'on admet d'une manière générale qu'une exception inhérente à la chose nuit aussi à l'acheteur, tandis que l'exception qui naît du délit d'une personne, ne doit pas nuire à l'acheteur „.

§ 28 " Si, alors que la succession ab intestat de Gaius Seius vous revenait et que moi j'étais institué héritier, vous m'avez persuadé frauduleusement de ne pas accepter l'hérédité, qu'après ma répudiation vous l'ayez cédée à Sempronius contre payement d'un certain prix, et que ce dernier ait revendiqué la succession contre moi, il ne doit pas subir l'exception déduite du dol du cédant „.

Considérons d'abord le § 28 de la loi 4; il est plus explicite que le § 27. Gaius ius était décédé laissant un testament qui m'instituait héritier; sans ce testaent, vous obteniez l'hérédité ab intestat. En usant de fraude à mon égard,

tion fondée sur une remise de dette personnelle au cédant[31], ainsi que le bénéfice de compétence fondé sur des relations personnelles

peut-être en me représentant l'hérédité comme obérée, vous m'aviez déterminé à la répudier; puis, vous l'aviez acceptée pour votre compte et cédée à Sempronius. Celui-ci la revendiqua contre moi. Je ne puis pas lui opposer l'exception de dol fondée sur la fraude du cédant.

Dans le § 27 Primus, à la suite de manœuvres frauduleuses de Secundus, l'a vend une chose, la lui livre et reçoit le prix. Secundus la revend à Tertius, la lui livre et reçoit le prix. Cependant Primus recouvre la possession de la chose et Tertius la revendique contre lui. Question de savoir si Primus peut opposer à Tertius l'exception de dol fondée sur la fraude de Secundus. Il ne le peut pas (De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur), quoique la possession de mauvaise foi du vendeur ne profite pas à l'acheteur au point de vue de l'usucapion (Si autem accessione auctoris utitur aequissimum visum est eum, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris); d'une manière générale, l'acheteur ne subit pas les exceptions qui, comme l'*exceptio dol*, naissent du délit du vendeur, mais seulement celles qui sont inhérentes à la chose vendue; telle est la *praescriptio temporalis* (et peraeque traditur non quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere).

La décision relative à l'exception de dol dans le cas du § 27 est justifiée. Le dol pratiqué par Secundus à l'égard de Primus ne l'avait pas empêché d'acquérir pleinement la propriété de la chose; Secundus l'avait transférée dans la même plénitude à Tertius et partant celui-ci devait réussir dans sa revendication contre Primus.

On a voulu étendre cette règle à la cession d'une créance; on a soutenu que si le débiteur a été trompé par le créancier, il ne peut opposer au cessionnaire le dol du cédant. Mais il n'y a pas d'analogie entre les deux cas; le dol de l'acquéreur d'une chose corporelle n'affecte pas son droit de propriété; ce droit n'en est pas moins acquis d'une façon illimitée; par contre le dol du créancier entache son droit de créance et le cessionnaire l'acquiert entaché de ce dol.

Voyez en notre sens Francke, *Civil Archiv* XVI (1833), p. 430-433, Puchta, *Vorles.* II, § 284, 3 initio, Molitor, cité, II, n° 1228, Worms, cité, p. 40-4, Schmid, cité, II, § 15, p. 137-138, 141-144, 145-152, et § 37, p. 399-400, Vangerow, III, § 575, *Anm.* 1, n° 1, p. 115-116, Maynz, II, § 189 et note 28, et Windscheid, II, § 332, note 5.

Mühlenbruch, cité, § 60, p. 592-596, abandonnant dans sa dernière édition son opinion antérieure, accorde au débiteur l'exception de dol du chef du cédant, à moins que l'exception n'ait aucune connexité avec la dette. Cette absence de connexité est impossible; un dol étranger à l'obligation ne donnera pas lieu à une *exceptio doli* contre le cédant; dans le cas cité par Mühlenbruch, p. 593, note 13b, le cédé peut compenser avec le cessionnaire, comme il eût pu le faire avec le cédant.

(31) *Non obstat* D. 2, 14, *de pact.*, L. 28 § 2, Gaius, " Si filius aut servus pacti
" sit, ne ipse peteret, inutile est pactum. Si vero in rem pacti sunt, id est ne
" pecunia peteretur, ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dom-
" numve, si liberam peculii administrationem habeant et ea res, de qua pac
" sint, peculiaris sit. Quod et ipsum non est expeditum : nam cum verum e
" quod Juliano placet, etiamsi maxime quis administrationem peculii habe
" concessam, donandi jus eum non habere : sequitur ut, si donandi causa de n

ntre le cédant et le débiteur et n'existant pas entre le cessionnaire et e débiteur. Vainement objecte-t-on que le bénéfice de compétence est elatif à la procédure, qu'il n'affecte pas le droit du créancier, et ue partant, en le refusant au débiteur vis-à-vis du cessionnaire, n ne lui enlève aucun droit. Le bénéfice de compétence restreint e droit même du créancier; celui-ci est seulement créancier jusqu'à oncurrence du superflu du débiteur. Il serait d'autant plus injuste e priver le cédé de son bénéfice de compétence que ce bénéfice st de pure équité(32). La règle d'après laquelle le débiteur con-

petenda pecunia pactus sit, non debeat ratum haberi pactum conventum. Quod si pro eo ut ita pasciscerétur aliquid, in quo non minus vel etiam amplius esset, consecutus fuerit, rata habenda est pactio „.

L. 57 § 1, Florentin, " Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, veluti ne ego petam vel ne a te petatur : heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit et ab herede tuo omnes petere poterimus „.

Ces textes sont étrangers à la cession des créances.

Dans le premier, un fils de famille (ou un esclave) placé à la tête d'un pécule vait accordé une remise à un débiteur. Ce pacte libératoire ne pouvait enlever u fils une action qu'il n'avait point; la seule question qui se présentait, était elle de savoir si le pacte libératoire empêchait le père d'agir. Bien certaine-nent il n'a pas cet effet si le fils a promis de ne pas agir en nom personnel. Mais alors même que le pacte est réel, en général il ne forme pas obstacle à action du père; il constitue un acte de disposition et, en principe, le fils n'a pas ualité pour faire des actes de cette nature. Il y a plus : supposons que ce ouvoir lui ait été accordé, ce qui a lieu tacitement si le père a abandonné au ils la libre administration du pécule. La remise de la dette n'aura de l'effet is-à-vis du père que si elle a été consentie à titre onéreux; le pouvoir donné à un dministrateur de faire des actes de disposition comprend seulement les actes e disposition à titre onéreux. On le voit : le texte n'a rien de commun avec la ession des créances. Il y s'agit d'un pacte libératoire qui ne peut être opposé un père, parce que le fils n'a pas qualité pour le consentir. Dans le cas d'une ession de créance, il s'agit de savoir si on peut invoquer contre le cessionnaire n pacte libératoire régulièrement consenti par le cédant

Le second texte décide que si un créancier s'est engagé en nom personnel à e pas poursuivre le débiteur, celui-ci peut être actionné par les héritiers du réancier, de même que si un débiteur a stipulé en nom personnel qu'il ne erait pas attaqué, ses héritiers peuvent être attaqués. C'est bien là l'effet naturel du pacte libératoire. Il n'y a pas d'analogie entre ce cas et celui de la cession; lans l'un, les héritiers du créancier respectent le pacte en poursuivant le débi-eur; dans l'autre, le cessionnaire actionne le débiteur au mépris du pacte.

Voyez en ce sens Francke, *Civil Archiv* XVI (1833), p. 424-425, Mühlenbruch, cité, § 60, p. 599, Puchta, *Vorles.* II, § 284, 3 initio, Molitor, cité, II, n° 1227 i. f., Worms, cité, p. 42-43, Schmid, cité, II, § 37, p. 401, Vangerow, III, § 575, *Anm.* 1, n° 2, p. 116, et Maynz, II, § 189, B, 2°. Windscheid, II, § 332 et note 4, se prononce en sens contraire, sauf si le cédant a voulu dépouiller le débiteur de son excep-tion ou bien si le but du pacte était de mettre le débiteur à l'abri d'une poursuite du vivant du créancier.

(32) En ce sens Molitor, cité, II, n° 1226, Sintenis, II, § 128 et note 97, et Vangerow, III, § 575, *Anm.* 1, n° 3, p. 117. Cf. Worms, cité, p. 43-44.

Contra Mühlenbruch, cité, § 59, p. 590, note 133a, Puchta, *Vorles.* II, § 284, 3,

serve vis-à-vis du cessionnaire les exceptions qu'il avait contre le cédant, admet deux modifications :

a) Le cédé ne peut opposer au cessionnaire les exceptions acquises contre le cédant après la notification (ou la reconnaissance) de la cession. A partir de la notification le cédant cesse d'être le créancier du cédé; dès lors on ne comprend pas que le cédé acquière encore des exceptions contre lui. Cette règle s'applique au payement, à la remise de dette et à la novation qui interviennent entre le cédant et le cédé après la notification de la cession (33). En ce qui concerne la compensation, si elle a été régulièrement opposée au cédant avant la notification, elle a libéré le cédé de sa dette et le cessionnaire est sans action contre lui (34). Mais de plus le débiteur peut compenser vis-à-vis du cessionnaire avec les créances qu'il avait encore contre le cédant lors de la notification de la cession et qui, à ce moment, réunissaient toutes les conditions de la compensabilité, ce qui suppose des créances réciproques exigibles. Le débiteur possédant contre le cédant une créance compensable au moment de la notification, a le droit de se libérer envers le cédant par la voie de la compensation; ce droit ne peut lui être enlevé par la notification subséquente de la cession (35). Par contre, le cédé ne peut pas compenser vis-à-vis du cessionnaire avec des créances acquises contre le cédant ou devenues seulement compensables après la notification de la cession (36).

b) Le débiteur n'est pas non plus admis à se prévaloir, à l'égard du cessionnaire, des exceptions de procédure dont il disposait contre le cédant. Ces exceptions n'affectent pas le droit même de créance; en les refusant au débiteur contre le cessionnaire, on ne lui enlève à vrai dire aucun droit. Donc si le cédant devait fournir une caution à raison d'une qualité spéciale, cette caution n'est pas due par le cessionnaire en la personne de qui la même qualité ne se rencontre pas (37).

Schmid, cité, T. II, § 3, p. 36-40, § 15, p. 151-152, § 37, p. 411-412, et Maynz, II, § 189 et note 30. Windscheid, II, § 332 et note 3, est aussi contraire, mais en exceptant le cas où le cédant a voulu priver le débiteur du bénéfice de compétence. — (33) Arg. C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 3 pr.

(34) Cf. D. *h. t.*, L. 23 § 1. — (35) Arg. D. 16, 2, *de compens.*, L. 4, L. 5.

(36) Voyez Mühlenbruch, cité, § 60, p. 596-599, et Molitor, cité, II, n° 1224.

(37) Le cessionnaire, si le cédé lui en faisait la demande au début du procès, devait lui fournir la caution *super excipienda lite*, par laquelle il s'engageait à subir les exceptions ayant leur cause dans la personne du cédant; C. 2, 56 (57), *de satisd.*, L. un. § 2; cf. D. 3, 3, *de procur.*, L. 70. D'un autre côté une exception mal fondée vis-à-vis du cédant est aussi mal fondée à l'égard du cessionnaire, alors même que son non-fondement tient à un privilège personnel du cédant; car ce privilège a déjà produit ses effets en faveur du cédant; cf. le n° V, A, 1°,

2° Le débiteur peut encore invoquer les exceptions qui ont leur cause dans la personne du cessionnaire, même si elles ont un caractère personnel, comme l'exception de dol[38] ou le bénéfice de compétence fondé sur des relations parsonnelles entre le cédé et le cessionnaire. Le cessionnaire devient par la notification de la cession le véritable créancier du cédé et tout débiteur peut opposer à son créancier les exceptions acquises contre lui, fussent-elles personnelles. Pour un motif analogue, le débiteur invoque valablement contre le cessionnaire des exceptions acquises avant la notification de la cession et même avant la cession, par exemple une remise de dette ou une novation intervenue entre lui et le cessionnaire en prévision de la cession; il peut compenser avec des créances acquises contre le cessionnaire avant la cession[39]. Il suffit que l'exception soit fondée. N'est pas fondée l'exception de chose jugée déduite d'un jugement obtenu contre le cessionnaire avant la notification de la cession; on ne comprend pas qu'un pareil jugement se rapporte à la créance cédée. Il faut en dire autant de l'exception déduite d'un serment décisoire prêté par le débiteur vis-à-vis du cessionnaire avant la notification de la cession[40].

C) De quelles répliques dispose le cessionnaire?

1° d'abord des répliques appartenant au cédant, puisqu'il jouit des droits de celui-ci. Si le cédant a commencé par consentir un pacte libératoire au débiteur et que plus tard ce pacte ait été résilié de commun accord, à l'exception déduite du pacte libératoire le cessionnaire, comme le cédant, répondra par une réplique fondée sur la résiliation de la remise conventionnelle[41]. Le cessionnaire dispose même des répliques du cédant qui se basent sur un privilège réel ou sur les effets acquis d'un privilège personnel[42]. Le fisc cède une créance qui n'admet pas de compensation de la part du débi-

du présent paragraphe. C'est ainsi que certaines créances du fisc n'admettent pas la compensation (C. 4, 31, *de compens.*, L. 1, L. 7); si le fisc cède une pareille créance, le cessionnaire ne doit pas subir la compensation du chef du fisc.

(38) D. 44, 4, *de doli mali exc.*, L. 4 § 18 initio.

(39) Arg. D. 16, 2, *de compens.*, L. 18 pr. Ce texte admet le *cessionnaire* à compenser vis-à-vis du débiteur, lorsque, ayant poursuivi le cédé en payement, il est actionné reconventionnellement par le cédé; cf. le n° V, D, 2°, et note 49 du présent paragraphe. Sans aucun doute le cessionnaire a aussi le droit de compenser vis-à-vis du cédé, si ce dernier intente contre lui une demande principale; Mühlenbruch, cité, § 62, p. 612. Réciproquement, le *cédé* doit être admis à compenser vis-à-vis du cessionnaire.

(40) Cf. Mühlenbruch, cité, § 61, p. 601-602, et Molitor, cité, II, n° 1225 initio. — (41) Cf. 4, 14, *de replicat.*, pr.

(42) Cf. le n° V, A, 1°, du présent paragraphe.

teur[43]; le cessionnaire repoussera la compensation par une réplique fondée sur le privilège du fisc; ce privilège, bien que personnel, a produit ses effets en faveur du fisc, lequel a cédé une créance non compensable[44].

2° Le cessionnaire jouit en outre des répliques qu'il a acquises lui-même contre le débiteur, par exemple s'il a résilié de commun accord avec ce dernier le pacte libératoire consenti par le cédant ou par le cessionnaire. La réplique peut se baser sur un privilège personnel du cessionnaire, s'il est relatif à la procédure, notamment sur un *forum* privilégié[45]. Elle peut aussi avoir été acquise avant la notification de la cession et même avant la cession[46].

D) Jusqu'à quel point le débiteur peut-il former des demandes reconventionnelles contre le cessionnaire? On appelle ainsi les actions intentées réciproquement par le défendeur contre le demandeur devant le même juge; celui-ci n'a pas besoin d'être compétent *ratione loci** et *ratione summae**; il suffit qu'il soit compétent *ratione materiae**[47].

1° En principe, le débiteur ne peut pas faire contre le cessionnaire des demandes reconventionnelles fondées sur des créances contre le cédant. La faculté qu'avait le débiteur d'agir reconventionnellement contre son créancier, n'affecte pas le droit même de créance; c'est un privilège de procédure prenant seulement naissance par la poursuite; on n'enlève donc aucun droit au débiteur en lui refusant la dite faculté vis-à-vis du cessionnaire. Il y a exception quand la cession a eu pour but de frustrer le cédé de sa demande reconventionnelle; cette fraude ne doit pas nuire au débiteur[48].

(43) C. 4, 31, *de compens.*, L. 1, L. 7.

(44) Cf. la note 37 du présent paragraphe.

(45) Cf. le n° V, A, 2°, du présent paragraphe.

(46) Cf. le n° V, B, 2°, du présent paragraphe.

(47) C. 7, 45, *de sent. et interloc.*, L. 14; cf. D. 5, 1, *de judic.*, L. 22, et D. 2, 1, *de jurisd.*, L. 11 § 1. — C. 3, 13, *eod.*, L. 3.

(48) D. 3, 3, *de procur.*, L. 34. Les anciens commentateurs adoptaient seulement cette théorie pour l'action directe du cessionnaire. A l'action utile, ils obligeaient ce dernier à subir la reconvention du chef du cédant, à moins que la juste cause de cession ne fût une disposition de la loi; arg. D. *eod.*, L. 33 § 5, L. 34, L. 35 pr. Schmid, cité, II, § 16, p. 152-167, et § 38, p. 419-426, soutient, en sens inverse, que le cessionnaire doit répondre à une demande reconventionnelle du chef du cédant s'il exerce l'action directe, mais non s'il recourt à l'action utile; il invoque ce motif que le cessionnaire intente l'action directe *alieno nomine* et l'action utile *suo nomine*. Ces deux systèmes sont également erronés; ils attribuent à l'action directe et à l'action utile du cessionnaire une différence de nature qui n'existe point; cf. § 348 et note 15. Cf. Mühlenbruch, cité, § 62, p. 609-620, et Molitor, cité, II, n° 1230.

2° Par contre, rien n'empêche le cédé d'actionner reconventionnellement le cessionnaire, en se basant sur une créance réciproque contre ce dernier[49].

E) Une constitution de l'empereur Anastase apporta une restriction sensible aux droits du cessionnaire vis-à-vis du débiteur. Elle décida que l'acheteur d'une créance ayant pour objet une somme d'argent ne pourrait réclamer du débiteur que le prix de la cession avec les intérêts à partir du jour du payement[50]. Le but de la loi était d'empêcher le trafic des créances; ce trafic s'exerce souvent sur des créances douteuses ou à charge de débiteurs d'une solvabilité incertaine; il devient ainsi une source de procès et de vexations pour les débiteurs[51].

1° La loi Anastasienne ne s'applique qu'aux ventes de créances portant sur de l'argent[52]. Elle est inapplicable aux cessions à titre gratuit; l'esprit de spéculation qui est le motif de la loi, manque à leur égard[53]. Nous supposons une donation véritable de la créance; si la donation est simulée, si elle déguise une vente, il y a vente et non donation; donc la cession est soumise à la loi Anastasienne[54]. Tel est le cas où le créancier déclare vendre sa créance en partie pour une certaine somme et faire donation de l'autre partie au cessionnaire; cette donation partielle de la créance est purement apparente[55]. La loi Anastasienne n'est pas même applicable à toutes les cessions à titre onéreux, mais seulement à la vente des créances; c'est le contrat à l'occasion duquel se manifeste de préférence l'esprit de spéculation que la loi veut réprimer[56]. La vente d'une créance produit encore ses pleins effets, lorsque par un partage une créance est mise dans le lot de l'un des communistes[57] et

(49) D. 16, 2, *de compens.*, L. 18 pr. " In rem suam procurator datus post litis " contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur ".

Ce fragment admet comme constant que le cessionnaire doit subir les demandes reconventionnelles du cédé qu'il a poursuivi en justice; il suppose que la reconvention se base sur une créance réciproque du cédé contre le cessionnaire. Ainsi actionné reconventionnellement, le cessionnaire jouit, d'après le jurisconsulte, du droit de compenser avec la créance cédée.

Schmid, cité, II, § 16, p. 167-168, § 38, p. 425-427, admet seulement la reconvention contre le cessionnaire de son propre chef s'il a poursuivi le cédé par l'action utile. Mais la loi 18 pr. cit. parle précisément de la reconvention contre un cessionnaire à qui l'action du créancier avait été cédée d'une manière réelle (In rem suam procurator datus) et qui partant intentait contre le débiteur l'action directe. — (50) C. 4, 35, *mand.*, L. 22 § 1. — (51) L. 22 cit. pr.

(52) L. 22 cit. § 1 et 3. — (53) L. 22 cit. § 3. — (54) C. 4, 35, *mand.*, L. 23 § 2.

(55) L. 23 cit. pr. et § 1.

(56) C. 4, 35, *mand.*, L. 22 § 1, vis si quis *datis pecuniis* hujusmodi subierit cessionem, L. 22 § 2, vis qui alienas *pecuniis praestitis* subiit actiones; Molitor, cité, II, n° 1231 i. f., et Windscheid, II, § 333 avec les notes 2 et 8.

(57) L. 22 cit. § 2 initio et i. f.

lorsqu'une créance est donnée en payement à un créancier[58] ou bien achetée d'un créancier hypothécaire par le tiers acquéreur de la chose hypothéquée afin de prévenir une éviction[59]; dans ces cas l'esprit de spéculation fait défaut; les parties veulent procéder à un partage, éteindre une dette ou conclure un arrangement au sujet de l'hypothèque. Enfin la loi Anastasienne ne s'applique qu'aux créances ayant pour objet une somme d'argent; c'est surtout par rapport à ces créances que le trafic est à craindre[60].

2° S'il y a contestation sur le montant du prix de vente de la créance, c'est au cessionnaire d'établir ce prix par le titre de vente ou de toute autre manière. Mais si le débiteur soutient que le prix énoncé dans le titre de vente est simulé, qu'il y a eu collusion entre le cédant et le cessionnaire, la collusion doit être prouvée par lui; elle ne se présume point. Pour imposer au cessionnaire la preuve du prix de vente, nous nous fondons sur les considérations suivantes. La loi Anastasienne restreint les droits du cessionnaire; elle lui accorde seulement une action contre le débiteur pour le prix de la cession[61]. L'action du cessionnaire a donc pour fondement la cession et son prix; le demandeur doit établir ces deux points. A la vérité, la loi Anastasienne accorde un bénéfice au débiteur; elle le libère de sa dette pour la différence entre son montant nominal et le prix de vente; celui qui allègue un bénéfice ou une libération, supporte la charge de la preuve. Mais le bénéfice et la libération dont il s'agit ne sont que des conséquences de la restriction apportée aux droits du cessionnaire. En outre, autant il est facile au cessionnaire d'établir le prix de la cession, autant cette preuve serait onéreuse pour le débiteur; fort souvent celui-ci n'aurait que la ressource précaire de la délation du serment décisoire; que deviendrait dans ce système la protection que la loi veut lui assurer? On objecte que la loi Anastasienne repose sur une présomption de spéculation malhonnête ou de dol et que le dol ne se présume pas. Mais le dol, si dol il y a, est présumé par la loi; cette présomption constitue une preuve. On dit encore : en supposant

(58) L. 22 cit. § 2, vis et his, quascumque... creditor... pro debito... acceperit.

(59) L. 22 § 2 cit., vis et his, quascumque... is qui res aliquas possidet pro... rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit.

(60) Arg. C. 4, 35, *mand.*, L. 22, L. 23. Ces lois supposent constamment une vente pour une somme d'argent inférieure au montant de la créance (voyez surtout L. 22 § 1 i. f.), ce qui implique une créance pécuniaire.

(61) L. 22 § 1 cit., vis usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur.

C. *eod.*, L. 23 § 1, vis ut neque ei qui cedit actiones neque ei qui eas susciperi curavit aliquid vel lucri fieri vel remanere vel aliquam contra debitorem... esse utrique eorum actionem.

que la preuve incombe au cessionnaire, s'il échoue, il faut admettre qu'il n'a rien payé, qu'il y a donation de la créance, ce qui écarterait la loi Anastasienne. L'argument est spécieux; si le cessionnaire ne prouve pas le prix de la cession, il perdra le procès pour ne pas avoir établi le fondement de sa demande(62).

3° En vertu de la loi Anastasienne, le débiteur cédé doit seulement payer au cessionnaire le prix de la cession avec les intérêts à partir du jour du payement du prix; de cette manière le cessionnaire est désintéressé. Le cédé est libéré du surplus de sa dette. Pas de doute qu'il ne doive pas le surplus au cessionnaire; la loi veut précisément que la cession ne produise d'effet que jusqu'à concurrence du prix de vente(63). Mais il faut aussi tenir pour certain qu'il ne doit pas le surplus au cédant. D'abord celui-ci, en faisant la cession, a renoncé d'une façon complète à son droit; il n'a plus qualité pour agir contre le cédé. Ensuite, la loi Anastasienne a été portée dans l'intérêt des débiteurs; dès lors il est naturel qu'elle leur profite. On peut ajouter que si le cédant pouvait encore poursuivre le cédé, on ne voit pas comment il pourrait refuser de tenir compte au cessionnaire du produit de son action; ayant vendu toute sa créance, il commettrait un dol en retenant une partie de son produit; si le cessionnaire obtenait ainsi la totalité de la dette, la loi Anastasienne serait illusoire(64). Le cédé n'est plus même tenu naturellement de payer au cédant la différence entre le montant de sa dette et la somme payée au cessionnaire; une obligation

(62) On s'est encore prévalu de l'analogie de la théorie de la quarte Falcidie; si l'héritier poursuivi en payement d'un legs veut le réduire en vertu de la loi Falcidie, il doit établir que sa quarte n'est pas intacte; D. 22, 3, *de probat.*, L. 17. L'analogie n'est qu'apparente. La loi Anastasienne restreint l'action de l'acheteur d'une créance; la loi Falcidie ne limite pas celle des légataires; elle permet seulement à l'héritier de retenir vis-à-vis des légataires le quart de la succession; donc il doit justifier cette rétention.

Voyez en ce sens Mühlenbruch, cité, § 61, p. 605, Unterholzner, cité, T. I, § 280, XI, Puchta, *Kleine civil. Schriften*, p. 478, Molitor, cité, II, n° 1231, Worms, cité, p. 55-57, Schmid, cité, I, § 8, p. 38, Sintenis, II, § 128 et note 57, Vangerow, III, § 576, *Anm.* 2, Arndts, § 259 et *Anm.* 3, et Maynz, II, § 190 i. f.

Contra Weber, *Beweisführung*, n° VI, § 29, p. 190-191, Bethmann-Hollweg, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, p. 357-358, Burchardi, *Civil Archiv* XVIII (1835), p. 197-224, et Windscheid, II, § 333 et note 7.

(63) C. 4, 35, *mand.*, L. 22 § 1.

(64) Justinien est formel en ce sens si la vente de la créance est accompagnée d'une donation simulée d'une partie de la créance; C. 4, 35, *mand.*, L. 23 § 1 i. f. Il est évident que, par cette constitution, l'empereur n'a pas voulu établir des principes nouveaux quant à la vente d'une créance au-dessous de son montant nominal. Son but unique est de décider que l'espèce dont il s'occupe, sera réputée une vente pure et simple; il veut la faire rentrer dans le système Anastasien; il se borne donc à lui appliquer les règles de ce système.

naturelle manque de base ; le cédant a obtenu la vraie valeur de sa créance, ce qui exclut l'idée d'un enrichissement du cessionnaire aux dépens du cédant[65].

CHAPITRE IV.

DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DETTE.

UNGER, *Jahrbücher für die Dogmatik* VIII (1866), p. 179-220.

BUHL, *Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrage*, Heidelberg, 1875, dissertation inaugurale.

BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel, 1894, 3e édition, 1re de 1855, et *Jahrbücher für die Dogmatik* II (1858), p. 283-350, et 367-455.

§ 352. UTILITÉ DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DETTE.

1° La reconnaissance d'une dette sert à la preuve de la dette ; notamment, si un écrit récognitif a été dressé et qu'il mentionne la cause de la dette, cet écrit vaut comme preuve de l'obligation préexistante[1].

2° La reconnaissance interrompt la prescription de la dette[2].

3° L'obligation créée par la reconnaissance peut être plus avantageuse que l'ancienne en ce qui concerne le temps[3] et le lieu[4] du payement ; elle peut porter sur une autre chose[5] ou donner force civile à une obligation simplement naturelle[6].

4° La reconnaissance peut être faite par un nouveau débiteur[7] ou vis-à-vis d'un nouveau créancier[8].

(65) Voyez en ce sens MÜHLENBRUCH, cité, § 53, p. 550-551, MOLITOR, cité, II, n° 1231 initio, WORMS, cité, p. 55, VANGEROW, III, § 576, *Anm.* 1, MAYNZ, II, § 190 i. f., et WINDSCHEID, II, § 333 et note 4.

SCHMID, cité, I, § 8, p. 38-39, admet que le cédé doit payer au cédant la différence entre le montant de la créance et le prix de vente, à moins que la vente ne soit accompagnée de la donation de cette différence. VON DER PFORDTEN, *De obligationis civilis in naturalem transitu*, p. 40, Leipzig, 1843, défend la persistance d'une obligation naturelle pour cette différence. Cf. MACHELARD, *Obligations naturelles*, p. 518.

(1) Cf. § 354, 2° i. f. — (2) Cf. T. I, § 94, II, 1°. — (3) D. *h. t.*, L. 3 § 2, L. 4.

(4) D. *h. t.*, L. 5 pr. — (5) D. *h. t.*, L. 1 § 5.

(6) L. 1 cit. § 7 ; cf. § 354, 2° et 3°. — (7) D. *h. t.*, L. 5 § 2.

(8) L. 5 § 2 cit. Le débiteur cédé qui reconnaît la cession vis-à-vis du cessionnaire, reconnaît en définitive la dette vis-à-vis d'un nouveau créancier ; mais cette reconnaissance exclut l'ancien créancier de l'obligation.

§ 353. HISTORIQUE.

1° Dans les premiers siècles de Rome, la reconnaissance d'une dette se faisait généralement dans la forme de la stipulation[1]. A côté de celle-ci se plaçait le *receptum* des banquiers[2]. C'était, comme la stipulation, un contrat consistant en termes solennels[3] et exigeant probablement la présence des parties[4], mais non une question du créancier et une réponse du débiteur. Celui qui avait des fonds ou du crédit chez un banquier, lui adressait les personnes auxquelles il avait un payement à faire; le banquier s'engageait à les payer. C'était une reconnaissance de la dette d'autrui[5]; elle permettait de faire une opération analogue à celle qui est réalisée aujourd'hui par le chèque[6]. Le *receptum* donnait lieu à l'*actio recepticia*[7], qui était perpétuelle[8]. Il s'appliquait à toute espèce de choses[9].

2° Sans doute vers la fin de la république, le préteur admit la reconnaissance d'une dette par simple convention; c'est le constitut,

(1) Cf. I. 4, 6, *de action.*, § 9 i. f.

(2) de *recipere*, promettre; BRISSONIUS, v° RECIPERE, § 3 REC PERE pro cavere seu promittere.

(3) C. *h. t.*, L. 2 pr. « Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis « composita inusitato recessit vestigio.. » Justinien dit seulement de l'*actio recepticia* qu'elle était conçue en termes solennels. Mais son observation n'aurait pas de sens si on la rapportait à l'ancienne formule de l'*actio recepticia*; car, dans toutes les anciennes formules d'actions, le fait qui leur sert de base, était caractérisé par des termes solennels, comme le reconnait LENEL, *Edictum perpetuum*, p. 128. Justinien doit donc avoir en vue le contrat qui donnait lieu à l'*actio recepticia*. En ce sens KARLOWA, II, § 67, p. 759-760.

Beaucoup d'interprètes (BRUNS, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* I (1861), p. 28-130. — VOIGT, *Ueber die Bankiers*, p. 55 et note 5. — MITTEIS, *Trapezetika*, p. 52-53. — COSTA, II, p. 253-254) inclinent vers un contrat littéral. Pour d'autres (LENEL, *Edictum perpetuum*, p. 127-129. — GIRARD, p. 604-605), le *receptum* des banquiers est un pacte prétorien. Mais le *receptum* appartient au droit strict (de l'aveu de Lenel, p. 129), car l'*actio recepticia* n'était pas subordonnée à une dette préexistante; C. *h. t.*, L. 2 § 1 i. f. D'autre part cette action semble avoir été perpétuelle (arg. L. 2 § 1 cit.), ce qui ne milite pas en faveur d'une origine prétorienne. Enfin Justinien (I. 4, 6, *de action.*, § 8), en citant l'*actio de pecunia constituta* parmi les actions prétoriennes, n'y ajoute pas l'*actio recepticia*; il l'exclut plutôt par les mots " cui similis videbatur recepticia „ et ailleurs (C. *h. t.*, L. 2 § 1) il la qualifie d'*antiqua*. Ces arguments de Voigt semblent décisifs.

(4) Arg. C. *h. t.*, L. 2 pr. " sollemnibus verbis „.

(5) Cf. VOIGT, cité, p. 56-57, 59, 61, 63, et COSTA, II, p. 253.

(6) MAYNZ, II, § 251, note 13.

(7) C. *h. t.*, L. 2 pr. initio; I. 4, 6, *de action.*, § 8 initio.

(8) Arg. C. *h. t.*, L. 2 § 1.

(9) THÉOPHILE, I. 4, 6, § 8. Mais il n'était pas subordonné à la condition d'une dette préexistante; C. *h. t.*, L. 2 § 1 i. f.; on ne peut donc pas y voir d'une manière absolue une reconnaissance de dette.

constitutum[10], de *constituere*, qui signifie ici fixer jour pour un payement[11]. Il y attacha l'*actio de pecunia constituta*[12]. Mais l'institution nouvelle était restreinte sous deux rapports : elle ne s'appliquait qu'aux dettes de choses fongibles[13] et, dans certains cas qui nous sont inconnus, l'*actio de pecunia constituta* se prescrivait par un an[14].

3° Justinien généralisa le constitut en l'étendant à toute sorte de dettes[15]; il soumit aussi d'une manière générale l'*actio de pecunia constituta* à la prescription trentenaire[16]. Quant au *receptum* des banquiers, il était déjà tombé en désuétude avant Justinien[17]. Il en résulte que, dans le nouveau droit romain, la reconnaissance d'une dette peut se faire au moyen d'une stipulation[18] ou par un simple pacte de constitut. Mais le constitut était seul usité à Rome; c'est à lui que nous nous attacherons. Nous l'avons représenté comme une reconnaissance de dette; c'est son caractère essentiel[19] et il n'en a pas d'autre[20].

§ 354. CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DETTE.

La reconnaissance d'une dette exige les conditions suivantes :

1° L'auteur de la reconnaissance doit être capable de s'obliger[1]; il s'agit de créer une obligation à sa charge[2].

2° Il faut une dette préexistante, autrement la reconnaissance n'a pas d'objet[3]. On ne reconnaît pas valablement une dette inexis-

(10) D. *h. t.*, L. 1 pr.

(11) Tacite, *Germania* 11, v^is Sic constituunt, sic condicunt, cbn. avec D. *h. t.*, L. 21 § 1. — (12) I. 4, 6, *de action.*, § 8 initio.

(13) C. *h. t.*, L. 2 § 1 initio; Théophile, I. 4, 6, § 8. Il est même probable que dans le principe le constitut supposait une dette d'argent; arg. C. *h. t.*, L. 2 § 1^b.

(14) C. *h. t.*, L. 2 § 1 initio. Dans le droit classique le demandeur à cette action pouvait exiger du défendeur la promesse de lui payer à titre de peine, pour le cas de condamnation, la moitié de la somme réclamée; Gaius, IV, 171 i. f.; cf. D. *h. t.*, L. 18 § 2. Aussi avait-on hésité à accorder l'action contre les héritiers du constituant; C. *h. t.*, L. 2 § 1 i. f.

(15) C. *h. t.*, L. 2 § 1 initio, 1^a, 1^b, 1^c et 1^d.

(16) L. 2 cit. § 1. — (17) L. 2 cit. pr. initio; cf. I. 4, 6, *de action.*, § 8.

(18) Promettez-vous de me payer les 1000 que vous reconnaissez avoir reçus en prêt? Je le promets; arg. I. 4, 6, *de action.*, § 9 i. f., et *Basiliques* XXVI, 7, c. 1, scol. 3 (Heimbach, III, p. 134-135). *Non obstat* Théophile, I. 4, 6, § 8 initio.

(19) C. Schilling, III, § 338, *Erinnerung* initio, et Namur, II, § 314, 2.

(20) Il peut aussi avoir pour objet de garantir une dette par une fidéjussion ou une hypothèque; D. *h. t.*, L. 14 § 1-2, L. 21 § 2; voyez Schilling, III, § 337 et note d. Mais, même dans ce cas, il implique une reconnaissance de dette.

(1) D. *h. t.*, L. 1 § 2, cf. § 1 et 3. — (2) Cf. le paragraphe suivant.

(3) D. *h. t.*, L. 1 § 1 initio, L. 5 § 2 initio; C. *h. t.*, L. 2 § 1 i. f. et § 1^a initio.

tante, telle qu'une dette de jeu ou d'intérêts usuraires[4], ni même une créance inefficace par suite d'une exception péremptoire appartenant au débiteur[5]. Mais toute dette valable est susceptible de reconnaissance; l'obligation qu'il s'agit de reconnaître, peut être naturelle[6]; elle peut aussi être conditionnelle ou à terme[7], auquel cas la reconnaissance est affectée de la même modalité[8], etc.[9]. On peut reconnaître sa propre dette ou la dette d'autrui; de là un constitut de la dette propre et un constitut de la dette d'autrui (*constitutum debiti proprii*, *constitutum debiti alieni*); ce dernier est une intercession[10]. En sens inverse, il est possible de reconnaître une dette vis-à-vis d'un nouveau créancier, avec le consentement de l'ancien[11]. Comme tout demandeur doit prouver le fondement de son action, celui qui poursuit l'exécution de la reconnaissance, est tenu d'établir qu'il y avait une dette préexistante (un prêt de consommation, un dépôt, une vente ou une autre cause d'obligation). Si un écrit récognitif a été dressé et qu'il mentionne la cause de la dette, en portant par exemple ' je reconnais devoir 1000 du chef d'un prêt ', l'écrit prouvera pleinement la dette préexistante[12], sans préjudice de la preuve contraire de la part du signataire du billet[13]. Mais si l'écrit récognitif ne spécifie pas la cause de la dette, s'il porte simplement ' je reconnais devoir

(4) Arg. D. *h. t.*, L. 3 § 1. — (5) L. 3 § 1 cit.

(6) D. *h. t.*, L. 1 § 7, à moins que la reconnaissance de l'obligation naturelle ne soit inopérante, parce que le débiteur naturel ne peut pas renoncer à son bénéfice; dans le cas d'un prêt d'argent fait à un enfant sous puissance, celui-ci ne peut pas renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Macédonien avant d'être libéré de la puissance paternelle; C. 4, 28, *ad sctum Maced.*, L. 2.

(7) D. *h. t.*, L. 3 § 2, L. 4, L. 19 pr.; C. *h. t.*, L 2 § 1. Justinien représente cette règle comme douteuse dans le droit antérieur; L. 2 § 1 cit.

(8) D. *h. t.*, L. 19 pr., et arg. de ce texte ainsi que du D. 45, 1, *de V. O.*, L. 47. Schilling, III, § 337, note nn.

(9) D. *h. t.*, L. 1 § 6 et 8 initio, L. 3 pr., L. 11 pr., L. 21 pr., L. 23, L. 25 § 1, L. 29. Peu importe que la dette reconnue soit venue à s'éteindre après la reconnaissance, fût-ce avant l'arrivée du terme ajouté au constitut; D. *h. t.*, L. 18 § 1 (T. III, § 329, note 73, n° 2), L. 19 § 2, L. 20.

(10) I. 4, 6, *de action.*, § 9 initio; D. *h. t.*, L. 2, L 5 § 2-3, L. 31; C. *h. t.*, L 1, L. 3. Cf. T. III, § 317.

(11) D. *h. t.*, L. 5 § 2 cbn. avec L. 7 § 1. Voyez Pothier, *Pand. Justin.*, 13, 5, n° 12, et Schilling, III, § 337 i. f.

(12) D. 22, 3, *de probat*, L. 25 § 4, vis nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit : tunc enim stare eum oportet suae confessioni. Voyez encore C. 4, 30, *de non numer. pec*, L. 13.

(13) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25 § 4, vis nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse.

C. 4, 30, *de non numer. pec*, L. 13, vis nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere,

1000 '(14), le demandeur devra établir par un autre moyen de preuve que, lors de la reconnaissance, il était créancier en vertu d'une certaine cause(15). Si aucun écrit récognitif n'a été dressé, la même preuve incombera au demandeur(16).

3° La reconnaissance ne peut pas avoir plus d'étendue que l'obligation ordinaire; si celle-ci est de 10000, la reconnaissance ne peut porter sur 12000. En tant qu'elle dépasse l'ancienne dette, elle manque d'objet; elle ne concerne plus une dette préexistante; elle est donc réduite à cette dernière, à 10000(17). Toutefois la reconnaissance peut être plus avantageuse au créancier quant au temps(18) et au lieu(19) du payement. Elle peut aussi porter sur autre chose, pourvu qu'elle ne comprenne pas plus(20). Si la

« quod in alium quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium « subsecutum sit ».

Ces textes exigent une preuve contraire par écrit conformément au C. 4, 20, *de testib.*, L. 1; cf. T. I, § 133, I, 4°.

Si le signataire du billet réussit à prouver l'absence de dette, il n'y aura ni reconnaissance de dette, ni écrit récognitif. Mais rien n'empêche quelqu'un de s'engager à payer ce qu'il sait ne pas devoir et de faire ainsi une libéralité à autrui. Donc l'écrit pourra encore être invoqué à ce dernier point de vue, sauf au porteur du billet de prouver que le signataire connaissait l'absence de dette, puisque tel est le fondement de sa nouvelle demande; cf. VANGEROW, III, § 612*a*, *Anm.*, n° 2 i. f.

(14) Dans le cas précédent on parle d'une *cautio discreta*, ici d'une *cautio indiscreta*; Arg. D. 22, 3, *de probat.*, L. 25 § 4, v^is indiscrete loquitur (*scil. cautio*).

(15) D. 22, 3, *de probat.*, L. 25 § 4, v^is Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit.

Si l'on rapproche les mots « indiscrete loquitur » de ceux qui leur son opposés « nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus « eandem conscripsit », on ne peut les appliquer qu'à un écrit ne mentionnant pas la cause de la dette. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 612a, *Anm.*, n°s 2 et 3, cbn. avec § 600, *Anm.* initio, et WINDSCHEID, II, § 412b et note 2. BAEHR, cité, § 63, p. 280-281, voit dans la *cautio indiscreta* un contrat formel subsistant par lui-même, aussi longtemps que le signataire du billet ne prouve pas le défaut de cause. Le créancier prétendu ne devrait donc pas établir qu'il y avait une dette préexistante. Ce système est inconciliable avec la loi 25 § 4 cit.

Ici également la preuve fournie par le demandeur admet la preuve contraire de la part du défendeur; cf. note 13 i. f.

(16) sauf encore la preuve contraire; cf. note 13 i. f.

(17) D. *h. t.*, L. 1 § 8 i. f., L. 11 § 1 initio, L. 12. On ne peut pas non plus rendre la dette productive d'intérêts; D. *h. t.*, L. 11 § 1 i. f., L. 24. Mais le débiteur devra le supplément, en vertu d'un nouveau titre indépendant de la reconnaissance, s'il l'a promis sachant qu'il ne le devait point, preuve à fournir par le créancier; cf. note 13 i. f., GLÜCK, XIII, § 850, p. 396-397, et SCHILLING III, § 337, note cc. — (18) D. *h. t.*, L. 3 § 2, L. 4. — (19) D. *h. t.*, L. 5 pr.

(20) D. *h. t.*, L. 1 § 5. Même avec la réserve indiquée, elle peut être plus utile au créancier que l'ancienne obligation; voyez d'ailleurs D. *h. t.*, L. 25 pr.

dette reconnue est simplement naturelle, le créancier acquerra, sur le fondement de la reconnaissance, une obligation civile[21]. Il va de soi que la reconnaissance peut avoir moins d'étendue que l'ancienne obligation[22].

4° Il faut le consentement des parties sur la reconnaissance de la dette; cette reconnaissance ne se présume pas[23]. Le débiteur ne reconnaît pas sa dette lorsqu'il promet que son créancier sera satisfait (*fiet tibi satis*), sans dire par qui; cette promesse est nulle, faute d'un engagement personnel de la part du promettant[24]. De même, on ne doit pas voir une reconnaissance de dette dans la seule promesse de payer une chose qui faisait déjà l'objet d'une obligation antérieure, sans que le promettant reconnaisse celle-ci[25]; c'est une convention indépendante, elle ne suppose pas une dette préexistante et est valable malgré la nullité de cette dette[26]. Mais le seul consentement des parties suffit pour que la dette soit valablement reconnue. Aucune formalité n'est nécessaire; celle de la stipulation est inutile, car le constitut est un pacte prétorien[27]. Le consentement peut être tacite; la promesse de payer une chose que l'on déclare due en vertu d'une cause antérieure, implique une reconnaissance de cette dette[28]. Il n'est pas essentiel que la reconnaissance soit accompagnée de la fixation d'un jour pour le payement[29]. Mais, comme l'indique le nom de constitut[30], un terme était usuel; c'est pourquoi si le constitut avait été fait d'une manière pure et simple, le constituant avait droit, d'après la volonté présumée des parties, à un délai modéré que le juge fixait dans chaque cas particulier et dont le minimum était de dix jours[31]. Il n'est pas même de l'essence du constitut que le constituant pro-

(21) D. *h. t.*, L. 1 § 7; cf. note 6 du présent paragraphe. La reconnaissance d'une dette peut encore garantir la dette par un fidéjusseur ou par une hypothèque; D. *h. t.*, L. 14 § 1-2, L. 21 § 2. Cf. le paragraphe précédent, note 20, et le présent paragraphe note 28. — (22) D. *h. t*, L. 13, L. 19 § 1.

(23) D. *h. t.*, L. 1 § 4 « Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, « non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse, quoniam non « animo constituentis, sed promittentis factum sit ». — (24) Nov. 115, c. 6.

(25) Arg. D. 45, 1, *de V. O*, L. 25.

(26) L. 25 cit. Voyez encore D. *eod.*, L. 18, L. 47, et Schilling, III, § 338, *Erinnerung*.

(27) I. 4, 6, *de action.*, § 9; D. *h. t.*, L. 1 pr., L. 5 § 3, L. 14 § 3, L. 15, L. 24, L. 26.

(28) D. *h. t.*, L. 5 § 3, L. 24. Il en est de même de la promesse de donner un fidéjusseur ou une hypothèque en sûreté d'une dette déterminée; D. *h. t.*, L. 14 § 1-2, L. 21 § 2. Les mots « *Fiet tibi satis a me* » contiennent aussi une reconnaissance de dette; Nov. 115, c. 6.

(29) D'après Justinien cette règle était autrefois douteuse; C. *h. t.*, L. 2 § 1 initio. L'empereur l'admet implicitement; arg. L. 2 cit. § 1.

(30) Cf. le paragraphe précédent n° 2 initio.

(31) D. *h. t.*, L. 21 § 1. Cf. Schilling, III, § 337 et note nn.

mette d'une manière expresse de payer; la reconnaissance de la dette contient tacitement cette promesse[32]. La reconnaissance d'une dette peut encore se faire conditionnellement[33], comme elle peut être à terme ou pure et simple[34]. Conformément aux principes généraux sur les conventions[35], le débiteur ne peut pas promettre qu'un tiers payera[36], ni le créancier stipuler le payement au profit d'un tiers[37]. Mais la reconnaissance peut se faire par un nouveau débiteur (*constitutum debiti alieni*)[38] ou bien vis-à-vis d'un nouveau créancier avec le consentement de l'ancien[39], pourvu que le payement de la dette soit promis ou stipulé en nom propre[40].

§ 355. EFFETS DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DETTE.

1° Le principal effet de la reconnaissance d'une dette est de créer une obligation nouvelle donnant lieu à l'*actio de pecunia constituta*[1]. Mais elle ne produit pas une novation de l'ancienne dette; celle-ci subsiste à côté de la nouvelle. Non seulement la novation ne se présume pas et, dans le doute, on doit se prononcer contre elle, mais dans l'espèce les parties, loin de vouloir nover l'ancienne obligation, veulent la consacrer et l'assurer[2]. Par suite

(32) D. *h. t.*, L. 26 " Quidam ad creditorem litteras ejusmodi fecit: 'Decem, ' quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes ' penes me, domine.' Respondit secundum ea quae proponerentur actione de " constituta pecunia eum teneri „.

(33) D. *h. t.*, L. 19 § 1. — (34) Voyez encore D. *h. t.*, L. 14 pr.

(35) T. III, § 393, II. — (36) D. *h. t.*, L. 5 § 4.

(37) L. 5 cit. § 5 i. f. Le débiteur n'est tenu que s'il garantit personnellement l'exécution de la promesse (I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 3 i. f.) ou bien s'il promet de donner un tiers comme fidéjusseur; D. *h. t.*, L. 14 § 2; voyez encore Nov. 115, c. 6. Si le créancier stipule pour lui *ou* pour un tiers, celui-ci devient *adjectus solutionis causa*; D. *h. t.*, L. 8 initio cbn. avec L. 7 § 1.

(38) D. *h. t.*, L. 5 § 2, cf. § 8.

(39) D. *h. t.*, L. 5 § 2 cbn. avec L. 7 § 1, cf. L. 5 § 6 initio et 7.

(40) Cf. D. *h. t.*, L. 5 § 6 i. f. Voyez cependant la loi 5 cit. § 9.

(1) I. 4, 6, *de action.*, § 8 initio et 9; D. *h. t.*, L. 26. On l'appelle encore *actio pecuniae constitutae* (D. *h. t.*, L. 22, L. 30), *actio de constituta* (D. *h. t.*, L. 5 § 1 i f., L. 31 i. f.) et *constitutoria actio*; D. *h. t.*, L. 20.

(2) Pour que l'on puisse admettre une novation, il faut que les parties aient manifesté d'une manière spéciale la volonté de nover; dans ce cas, l'ancienne obligation est éteinte non pas à raison de la reconnaissance, mais par l'effet de la novation.

D. *h. t.*, L. 18 § 3 " Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit *sortis obliga-* " *tionem* consumat. Et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta " liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad *utramque* " *obligationem* proficit „. La *sortis obligatio* dont parle le jurisconsulte, est l'ancienne obligation; D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 36 i. f.

Voyez encore D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 36, et C. 7, 39, *de praescr. XXXv. XL ann.*,

de la reconnaissance il y a donc deux obligations et, dans le cas de reconnaissance d'une dette civile, deux actions. Toutefois, comme la reconnaissance ne fait que consacrer la dette antérieure, l'obligation nouvelle qu'elle crée, est plutôt formelle que matérielle; en réalité il n'existe qu'une seule obligation, c'est-à-dire l'ancienne obligation, fortifiée par la reconnaissance(3). Donc un seul payement est dû et éteint les deux obligations(4). — L'ancienne dette reste généralement soumise aux règles antérieures, notamment au point de vue de son extinction(5). Mais si, lors de la reconnaissance, le débiteur stipule certains avantages restreignant la dette originaire et que le créancier poursuive celle-ci au mépris de la convention nouvelle, il est repoussé par l'*exceptio doli vel pacti conventi;* tel est le cas où le créancier accorde au débiteur un terme plus long pour le payement, ou bien les parties restreignent une obligation alternative à une chose unique(6). Quant à l'obligation créée par la reconnaissance, en principe et sauf con-

L. 7 § 5a et, pour le constitut de la dette d'autrui, D. *h. t*, L. 28, et D. 15, 3, *de in rem verso*, L. 15.

Contra D. *h. t.*, L. 10 " Idem est et si ex duobus reis stipulandi post alteri " constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, " haberi debet is cui constituitur ".

Aux termes de ce texte de Paul, si l'un des créanciers solidaires fait un constitut avec le débiteur commun et que celui-ci paye ensuite l'autre créancier, il peut répéter (vis Idem est, cbn. avec le D. *eod.*, L. 9), parce que le constitut équivaut à un payement. Paul admet comme constant que le constitut de l'obligation solidaire a amené son extinction, par l'effet d'une novation tacite ou plutôt présumée. Mais Justinien a condamné d'une manière générale les novations présumées que certains anciens jurisconsultes romains s'efforçaient de faire prévaloir (C. 8, 41 (42), *de novat.*, L. 8); celle que Paul propose dans l'espèce, tombe sous le coup de cette condamnation; sa division est contraire aux principes généraux sur la novation; elle doit céder devant les autres passages des Pandectes qui sont conformes à ces principes.

Voyez en ce sens SCHILLING, III, § 337, 1, SAVIGNY, cité, I, § 18, B, 3 i. f., MAYNZ, II, § 251 i. f., et WINDSCHEID, II, § 284 i. f.

Contra KUNTZE, *Die Obligation und die Singularsuccession des röm. u. heut. Rechts*, § 48, Leipzig, 1856, et DEMANGEAT, *Des obligations solidaires*, p. 84-90.

(3) Arg. D. 12, 2, *de jurejur.*, L. 36, vis de sorte, id est de priore obligatione, et D. *h. t.*, L. 18 § 3 initio, L. 22 initio. Le mot *sors* appliqué à l'ancienne dette prouve que celle-ci est l'obligation principale.

(4) D. *h. t.*, L. 18 § 3. On ne peut en dire autant des autres causes d'extinction des obligations; si l'ancienne dette s'éteint par la perte accidentelle de la chose due ou par l'expiration d'un terme résolutoire, le débiteur demeure tenu en vertu de la reconnaissance, à moins que la même cause d'extinction ne se rencontre pour cette dernière; D. *h. t.*, L. 18 § 1 (T. III, § 329, note 73, n° 2), L. 19 § 2, L. 20. — (5) D. *h. t.*, L. 18 § 1.

(6) D. *h. t.*, L. 25 pr. Voyez SCHILLING, III, § 337 et note bb, et WINDSCHEID, II, § 284 i. f.

vention contraire, elle est régie par les mêmes règles que l'obligation primitive. La reconnaissance d'une dette conditionnelle ou à terme est de droit conditionnelle[7] ou à terme[8]; la responsabilité du débiteur dans l'exécution de l'obligation nouvelle est aussi la même[9] et le débiteur conserve le bénéfice de compétence qui lui appartenait par rapport à la dette originaire[10]. Mais, quelle que soit la durée de la prescription de l'ancienne dette, la nouvelle se prescrit seulement par trente ans; l'*actio de pecunia constituta* est l'une des rares actions prétoriennes qui durent trente ans[11]. C'est une action de bonne foi[12]. En résumé, l'ancienne obligation subsiste avec les modifications résultant de la nouvelle, et celle-ci existe à côté d'elle pour ces modifications.

2° La reconnaissance d'une dette est aussi interruptive de la prescription de cette dette[13].

TITRE II.

Des sources des obligations.

---

§ 356. ÉNUMÉRATION.

Les sources des obligations sont les conventions[1], les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi[2]. Les conventions et les délits ont un caractère nettement déterminé; ils consistent respectivement dans le consentement des parties et dans la violation d'une loi pénale. Il n'en est pas de même des trois autres sources;

(7) D. *h. t.*, L. 19 pr.

(8) Arg. L. 19 pr. cit., et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 47. Schilling, III. § 337, note nn. — (9) Cf. D. *h. t.*, L. 16 § 2-3, L. 18 pr. Cf. Maynz, II, § 251 i. f.

(10) D. *h. t.*, L. 3 pr.; D. 39, 5, *de donat.*, L. 33 pr.

(11) C. *h. t.*, L. 2 § 1; cf. ci-dessus § 353, 2° i. f. et 3° initio. Voyez encore D. *h. t.*, L. 18 § 1, et ci-dessus § 353, note 73, n° 2.

(12) Arg. D. *h. t.*, L. 1 pr. Justinien la déclare transmissible aux héritiers des parties; C. *h. t.*, L. 2 § 1 i. f. — (13) C. 7, 39, *de praescr. XXXv. XL ann.*, L. 7 § 5a.

(1) Ce terme embrasse les contrats et les pactes. Cf. T. III, § 365, I.

(2) Cf. I. 3, 13, *de obligat.*, § 2 " Sequens diviso in quattuor species diducitur: " aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi " ex maleficio ". Cette classification omet les obligations légales; cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52 pr., v° lege, et § 5.

ici les faits les plus hétérogènes produisent l'obligation. Plusieurs offrent de l'analogie avec la convention ou avec le délit; de là les quasi-contrats et les quasi-délits. Pour d'autres, cette analogie fait défaut et on ne saurait les comprendre sous un principe général; c'est la loi qui y attache une obligation[3].

CHAPITRE I. — DES CONVENTIONS.

Section I. — **Des conventions en général.**

D. 2 14, et C. 2, 3, *de pactis*

I. NOTION DE LA CONVENTION; § 357.

Dans le sens propre, la convention (*conventio*, *contractus*, *pactum*, *pactio*) est le consentement de plusieurs personnes sur un point quelconque, dans le but de créer, de modifier ou d'éteindre des droits[1]. Ceux-ci peuvent être des droits de la personnalité, des droits réels ou des droits de créance. Le mariage et l'adoption sont des conventions qui tendent à créer des droits de la personnalité; la convention d'hypothèque a pour but direct d'établir un droit réel; la vente, la société et l'échange ont pour objet de créer des rapports obligatoires. La convention par laquelle les parties résilient ou modifient un contrat de vente, a pour but d'éteindre ou de modifier des obligations préexistantes; le pacte libératoire éteint une obligation; la novation est une convention dont l'effet est à la fois d'éteindre une obligation et d'en établir une autre. Un caractère commun à toutes les conventions est d'avoir pour objet un rapport juridique; c'est seulement sous cette condition qu'elles constituent des actes juridiques; les conventions dépourvues de ce caractère sont étrangères au droit, par exemple nous convenons de faire ensemble une partie de plaisir, ou bien je vous donne un conseil que vous approuvez et, en le suivant, vous subissez une perte[2].

(3) Cf. T. IV, § 500-506. A raison de leur indétermination, Gaius, au D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 pr., qualifie les quasi-contrats, les quasi-délits et la loi de *variae causarum figurae:* " Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio " aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris ". Cf. D. *eod.*, L. 5.

Le même Gaius, dans ses Institutes III, 88, cite seulement le contrat et le délit comme sources des obligations.

D'après Modestion (D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52 pr.), " Obligamur aut re aut " verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut jure honorario aut neces- " sitate aut ex peccato ". Nous ne retrouvons ici que trois sources des obligations: le contrat, le délit et la loi. Par contre, Modestin indique inutilement les diverses espèces de contrats, le *jus honorarium* et la *necessitas*.

(1) D. 2, 14, *de pact.*, L. 1 § 2 et 3 initio; D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 3 pr. initio.

(2) D. 17, 1, *mand.*, L. 10 § 7 " Est verum eum, qui non animo procuratoris

Une seule de toutes ces variétés de conventions doit nous occuper présentement; c'est la convention qui crée des obligations[3].

II. HISTORIQUE DES CONVENTIONS.

§ 358. DES ANCIENS CONTRATS RÉELS.

1° Dans les premiers siècles de Rome, on contractait dans la forme de la mancipation. On aliénait par la voie de la mancipation la chose qui faisait l'objet du contrat; un *libripens* pesait devant cinq témoins le lingot de métal qui constituait le prix de la chose et plus tard, après l'apparition de la monnaie, l'acquéreur frappait la balance d'une pièce de monnaie quelconque, qu'il remettait à l'aliénateur en guise de prix[1]. On contractait ensuite à l'abri de cette solennité; protégé par elle, on prenait tels arrangements que l'on jugeait convenables. La loi des Douze tables avait reconnu force obligatoire aux conventions conclues à l'occasion de la mancipation; *cum nexum faciet mancipiumque*, disait-elle, *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*[2]. L'exécution de ces arrangements se poursuivait par l'action de fiducie (*actio fiduciae*)[3]. De là les contrats réels *per aes et libram*. Cette forme de contracter n'était pas seulement employée lorsqu'il s'agissait de transférer la propriété d'une chose, comme dans l'échange; on y recourait aussi lorsque le contrat n'avait en définitive d'autre but que de procurer l'usage ou la garde de la chose. Nous avons un renseignement formel à cet égard pour le dépôt; encore à l'époque de Gaius, il arrivait que le déposant mancipait au dépositaire la chose qu'il voulait lui confier, en stipulant qu'elle serait remancipée à la première réquisition[4]. De même, avant l'introduction de l'hypothèque, le débiteur qui voulait donner à son créancier une garantie réelle autre que le simple gage, lui mancipait une chose, moyennant la promesse du créancier de la restituer après avoir été satisfait[4]. Il

" intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et " actoribus et in regendis consilio, mandati non teneri „.

" Il est vrai de dire qu'on n'est pas soumis à l'action de mandat quand on est " intervenu dans les affaires d'autrui, non pas dans l'intention d'exécuter un " mandat, mais en promettant (seulement) des services amicaux, en guidant et " en conseillant des mandataires et des administrateurs „.

§ 357. — (3) Le mot *contractus* désigne parfois d'une manière abusive une cause quelconque d'obigation (D. 13, 5, *de pec. constit*, L. 1 § 6) ou l'obligation elle-même; D. 5, 1, *de judic.*, L. 20.

§ 358. — (1) Gaius, I, 119.

(2) *Loi des Douze tables*, Table VI, fr. 1; Festus, v° Nuncupata.

(3) Paul, II, 13, § 6.

(4) Gaius, II, 60 " Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, " aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint.. ».

ne paraît pas douteux que la mancipation fût aussi employée à l'occasion du commodat ou du contrat de gage[5].

2° Avant l'apparition de la monnaie et même plus tard, aussi longtemps que l'on frappa à Rome des pièces de monnaie dont on constatait le poids par la balance[6], le prêt d'argent se faisait par un mode analogue à la mancipation[6a], *per aes et libram;* un *libripens* pesait devant cinq témoins le lingot de métal qu'il s'agissait de prêter[7]. Grâce à cette solennité, les parties se créaient le moyen de faire des conventions quelconques, conformément à la disposition de la loi des Douze tables; il leur était maintenant loisible de convenir du payement d'intérêts; mais surtout l'emprunteur engageait fréquemment sa personne en garantie de la restitution du prêt, moyennant la promesse du prêteur de le libérer après avoir été satisfait[8]. Cet engagement personnel s'appelait *nexum*[9] ou *nexus*[10] et le débiteur lui-même était dit *nexus* ou *nexu vinctus*[11]. De là

(5) Arg. Boëthius *in Ciceronis Topica* 4, 10, § 41, v^is^ Fiduciam-accepit, cuicumque " res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet „.

Cf. Ortolan, III, n° 1207, et p. 395, et Maynz, II, § 232. Contra Accarias, II, n° 494, note 1.

La cession judiciaire servait à la même fin que la mancipation; Gaius, II, 59 « qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in jure cesserit.. »; Isidore, *Origines* V, 25, § 23 « Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia « vel mancipatur, vel in jure ceditur ».

(6) Gaius, I, 122 « olim aereis tantum nummis utebantur... eorumque nummo- « rum vis et potestas *non in numero erat sed in pondere..* ». Servius Tullius paraît avoir introduit cette monnaie.

(6a) Ce n'était pas une mancipation proprement dite, car on n'aliénait pas une chose pour de l'airain (Gaius, I, 119); on aliénait simplement de l'airain.

(7) Cf. Gaius, III, 174, et Schilling, III, § 267 i. f.

(8) Varron, *de lingua lat.* VII, 105 (Bruns, *Fontes* II, p. 62-63) " Liber, qui " suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus " vocatur, ut ab aere obaeratus „.

Savigny, *Uber das altrömische Schuldrecht*, dans les *Vermischte Schriften* de l'auteur, T. II, p. 296-370.

Scheurl, *Vom Nexum*, Erlangen, 1839.

Bachofen, *Das Nexum, die Nexi und die lex Petillia*, Bâle, 1843.

Huschke, *Ueber das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846.

Giraud, *Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains*, Paris, 1847.

Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht uud Schuldverfahren*, et *Nexum. Nachträgliches zum altrömischen Schuldrecht*, Leipzig, 1904.

(9) *Loi des Douze tables*, Table VI, fr. 1; Festus, v^is^ Nexum et Nuncupata.

(10) Tite-Live, II, 23, v^is^ nexu vincti.

(11) Varron, *de lingua lat.* VII, 105, passage transcrit à la note 8; Tite-Live, II, 23, v^is^ nexu vincti. Remarquons encore les expressions de *nexum aes*; Festus, v^is^ Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur „. On parlait aussi d'une *nuncupata pecunia*, à cause de la convention verbale *(nuncupatio)* des parties; Festus, v° Nuncupata.

aussi le nom de *nexus* appliqué à une obligation quelconque[12]. Le *nexum* avait pour effet de soumettre le débiteur à une servitude de fait[13]; le débiteur devait fournir ses services à son créancier, jusqu'à ce qu'il se fût libéré de sa dette par le payement ou par son travail[14]. Mais le *nexus* conservait provisoirement tous ses droits civils; il ne subissait pas même une petite diminution de tête; il demeurait libre, citoyen romain, agnat, restait propriétaire de ses biens et continuait d'acquérir pour lui. Sous le dernier rapport, il se séparait de l'individu *in mancipio*, lequel subissait une petite diminution de tête[15]. S'il satisfaisait son créancier, il pouvait réclamer sa libération par l'action de fiducie, *nexu solvere*[16]. A défaut de payement, le créancier était autorisé, un mois après l'échéance, à pratiquer la *manus injectio*, comme dans le cas de condamnation judiciaire[17]. Le *nexus* ainsi appréhendé ne pouvait se défendre que par un *vindex*, sinon il était adjugé (*addictus*) à son créancier[18] et deux mois plus tard il devenait définitivement son esclave[19]. Ce droit de traiter le *nexus* comme un condamné constituait le principal avantage du *nexum*; le créancier était dispensé de recourir à une poursuite judiciaire proprement dite. De plus, comme le *nexum* exigeait la présence de cinq témoins et d'un *libripens*, il fournissait un moyen commode de prouver le prêt. Aussi ce mode de contracter ne demeura-t-il pas restreint aux prêts d'argent; on l'étendit à des dettes quelconques; le pesage symbolique d'une pièce de métal devant cinq témoins et un *libripens* était susceptible d'être adapté à toute sorte de conventions[20].

(12) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 26 § 7; D. 46, 4, *de acceptil.*, L. 1. Cf. T. III § 283, II.

(13) Tite-Live, II, 23 « Ductum se ab creditore, non in *servitium*, sed in « ergastulum et carnificinam esse ».

(14) Varron, *de lingua lat.* VII, 105, passage transcrit à la note 8. Ses enfants sous puissance le suivaient dans sa quasi-servitude; Tite-Live, II, 24, vis Ne quis militis, donec in castris esset,.. liberos, nepotesve ejus moraretur; Denys d'Halic., VI, 29 et 37.

(15) Gaius, I, 162. L'exercice des droits civils de l'individu *in mancipio* était suspendu, ses acquisitions profitaient à son maître et ses enfants ne tombaient pas sous le *mancipium*; cf. T. V, § 615.

(16) Tite-Live, II, 23 « nexu vincti, solutique se undique in publicum prori- « piunt »; arg. Paul, II, 13, § 6. — (17) Denys d'Halic., VI, 83.

(18) Cf. Gaius, IV, 21 i. f.

(19) *Loi des Douze tables*, Table III, fr. 5; Aulu-Gelle, XX, 1, § 46-47.

(20) Cette adaptation était surtout utile au point de vue des obligations de faire, à l'occasion desquelles la mancipation ne se concevait pas. Cf. Schilling, III, § 267 initio.

Nous avons représenté le *nexum* comme un engagement de la personne du débiteur, produisant une servitude de fait; voyez en ce sens Savigny, cité,

§ 359. DES ANCIENS CONTRATS VERBAUX.

La forme du contrat réel *per aes et libram* convenait dans tous s cas où les parties voulaient faire naître une obligation de la emise d'une chose. Elle n'était d'aucune utilité lorsqu'il s'agis- uit de créer une obligation indépendante d'une pareille remise, our la conclusion d'une vente, d'un louage, d'une société, d'un andat, etc. Il fallait pour ces espèces un contrat verbal, c'est-à- re un contrat parfait par le simple emploi de paroles, *verbis*. Ce ontrat verbal fut la stipulation, qui devint bientôt la forme la plus uelle de contracter, le contrat par excellence des Romains. A côté

396-417, PUCHTA, *Instit.*, T. I, § 44 i. f. et 162, p. 478, T. II, § 269, p. 342, CHILLING, III, § 367 et *Erinnerung*, WALTER, II, § 616, et GIRARD, p. 478-481. our d'autres, c'est une mancipation pure et simple de la personne du débiteur, ui devenait l'esclave du créancier ou du moins tombait sous son *mancipium*; IEBUHR, *Röm. Geschichte*, T. I, p. 602-608, T. II, p. 667-673, et T. III, p. 178-181. - ZIMMERN, III, § 45. — UNTERHOLZNER, cité, I, § 17, ORTOLAN, T. I, p. 570, et . III, p. 501, note 3. — MAYNZ, II, § 299 initio. Pour d'autres encore c'est eulement une mancipation des services du débiteur, créant une servitude de it; SCHEURL, cité, p. 24-49, GIRARD, cité, p. 61-65. BERTOLINI, cité, fasc. I, os 11-12, voit dans le *nexum* une condamnation que le débiteur prononçait ontre lui-même.

Dans l'état actuel de nos sources, il est difficile de donner un argument n faveur de l'une ou de l'autre de ces opinions. Cependant il n'est guère pos- ible d'admettre que le *nexum* fût une simple mancipation des services du débi- eur. Comment ces services, c'est-à-dire des faits, auraient-ils pu faire l'objet une mancipation? On est d'ailleurs forcé de reconnaître qu'en réalité le *nexum* onstituait le débiteur dans un état de servitude. Si VARRON, *de lingua lat.* VII, 05 (BRUNS, *Fontes* II, p. 62-63), dit : Liber, qui *suas operas* in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus », il ntend parler non pas de l'engagement constitutif du *nexum*, mais de l'effet de et engagement.

D'autre part, il était de principe que, par un acte purement privé, on ne pouvait e rendre l'esclave d'un tiers; D. 40, 12, *de liber. causa*, L. 37; C. 7, 16, *eod.*, L. 10. ette règle n'admettait aucune exception; la *coemptio* de la femme *sui juris*, dont e prévaut MAYNZ, II, § 290, note 13 i. f., n'entraînait pas la privation de la berté, pas plus que l'adrogation d'un *paterfamilias*, laquelle se faisait du reste evant le peuple et non par une mancipation. On peut aussi tirer un argument e l'*addictio* prononcée à la *legis actio per manus injectionem;* l'*addictus* ne tombait as sous le *mancipium* de son créancier; il était seulement soumis à une servitude e fait; QUINTILIEN, *Instit. orat.* V, 3 et 10, VII, 3; AULU-GELLE, XX, 1, § 45. Il serait trange que le simple emprunt d'une somme d'argent eût produit des consé- uences plus graves que l'adjudication du débiteur condamné. La mancipation u débiteur aurait dépassé le but des contractants; l'assimilation du *nexus* au *udicatus*, avec le droit à ses services, fournissait au créancier une pleine garantie. a mancipation du débiteur aurait rendu le créancier le maître du patrimoine du débiteur, aurait fait encourir à ce dernier une diminution de tête, aurait rompu e lien si important de l'agnation, le tout d'une manière parfaitement inutile.

de lui se formèrent, pour des cas particuliers, le contrat verbal de dot et le *receptum* des banquiers dont il a déjà été question[1].

1° La stipulation descend probablement du *nexum*, elle en forme une émanation naturelle. En réalité, le *nexum* contenait un contrat verbal, les paroles échangées entre parties avaient ce caractère; *cum nexum faciet, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*[2]. Seulement le contrat verbal n'était valable que grâce à d'autres formalités; on le rendit obligatoire par lui-même[3]. Dans sa forme primitive, la stipulation présentait trois caractères distinctifs. Les

(1) T. III, § 353, 1°. Il n'y a pas lieu de citer ici la *promissio jurata liberti*, puisqu'elle n'exige pas l'acceptation du patron; c'est une simple *pollicitation* verbale et non une convention; T. IV, § 506, 3°.

(2) Cf. le paragraphe précédent n° 2.

(3) L'origine de la stipulation reste obscure; en faveur de celle qui lui est attribuée ici on peut citer son nom. D'après VARRON (*de lingua lat.* V, 182 " aes " quoque STIPEM dicebant..... dicunt, et qui pecuniam alligat, STIPULARI et " RESTIPULARI) et FESTUS (v° STIPEM esse nummum signatum testimonio est et de " eo quod datur stipendium militi, et cum spondetur pecunia, quod stipulari " dicitur... Ideo stipular[*i dicitur is, qui in*]terrogat a]*lterum spondeatne stipem, id* " *est*] aes „), le mot *stipulatio* vient de *stips*, pièce de monnaie; or c'est l'airain, *aes*, et la balance qui caractérisent le *nexum* comme la mancipation. Une autre étymologie est proposée par PAUL (V, 7, § 1) et par JUSTINIEN (I. 3, 15, *de V. O.*, pr. i. f.); *stipulatio* dériverait de *stipulum, id est firmum*, parce que la stipulation donne force civile à une convention quelconque; Varron et Festus inspirent plus de confiance.

ISIDORE (*Origines* V, 24, § 30 « Dicta autem stipulatio a stipula: veteres enim, " quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum " jungentes sponsiones suas agnoscebant... ») donne une explication fantaisiste.

Voyez en ce sens SAVIGNY, *System* V, p. 538-540, *Obligationem* I, § 6, p. 31, *Vermischte Schriften* II, p. 410-411, GNEIST, *Formelle Verträge*, p. 136-137, et MAYNZ, II, § 245 initio.

Une doctrine très répandue aujourd'hui (MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* (trad. française par GIRARD) I, p. 268 et note 1, p. 283 et note 3. — GIRARD, p. 484-486. — BERTOLINI, cité, fasc. 1, n°s 37-39) attribue à la stipulation primitive un caractère religieux; la stipulation aurait consisté en un serment; arg. FESTUS, v^is SPONDERE Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur; " deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod " ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant „ et " CONSPONSOR conjurator „. Mais Verrius se borne à dire que la *sponsio* des fiancés était un acte religieux et il fonde les autres *sponsiones* sur la seule volonté des parties; le *consponsor conjurator* doit se référer aussi aux fiancés. VARRON, *de lingua lat.* V, 182, ne fait pas la moindre allusion au caractère religieux de la stipulation. Pour la réfutation de cette théorie, voyez GIRTANNER, cité, p. 14-81, KARLOWA, II, § 65, p. 699-702, et COSTA, II, p. 217-219.

Ces trois interprètes (GIRTANNER, p. 81-93. — KARLOWA, p. 702-706. — COSTA, p. 219-220) considèrent la stipulation comme la manifestation primitive du consentement du débiteur et du créancier par la voie de la *sponsio*; arg. FESTUS, v° SPONDERE Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promit- " tatur... ». Cette explication se rapporte à la *sponsio* plutôt qu'à la stipulation.

parties devaient consentir de vive voix[4], au moyen d'une question du créancier et d'une réponse du débiteur[5] et par des paroles solennelles que l'usage avait consacrées[6]. Telles étaient les formules : *Spondesne? Spondeo.* — *Promittis? Promitto.* — *Dabis? Dabo.* — *Facies? Facio*, etc.[7]. Elles étaient généralement du droit des gens et partant accessibles aux pérégrins[8]. Seule la formule *Spondesne? Spondeo*, sans doute la plus ancienne, était de droit civil et restreinte aux citoyens romains[9].

2° Le contrat verbal de dot, connu sous le nom de *dotis dictio*, était une promesse de dot qui ne pouvait être faite valablement que par la femme elle-même[10], par son débiteur délégué[11] ou par l'un de ses ascendants agnats[12]. Comme la stipulation, elle exigeait un consentement de vive voix[13] et des termes solennels[14]; mais le consentement s'y manifestait par une promesse et une acceptation, non par une question du créancier et une réponse du débiteur[15]. Il avait sans doute paru peu convenable de forcer le mari à demander une dot aux personnes précitées[16]. La *dotis dictio* donnait lieu à une *condictio*[17].

§ 360. DES ANCIENS CONTRATS LITTÉRAUX.

SAVIGNY, *Literalcontract der Römer*, dans les *Vermischte Schriften* de l'auteur I, p. 205-261.

WUNDERLICH, *De antiqua literarum obligatione*, Goettingue, 1832.

GAILLARD, *Des obligations littérales*, Strasbourg, 1860.

VOIGT (M.), *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer*, Leipzig, 1887.

(4) GAIUS, III, 136 i. f. et 138 i. f.; PAUL, V, 7, § 2 initio.

(5) GAIUS, III, 92; PAUL, II, 3, § 1. — (6) I. 3, 15, *de V. O.*, § 1.

(7) GAIUS, III, 92. — (8) GAIUS, III, 93. — (9) GAIUS, III, 93, cf. 94.

(10) *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 3 initio; ULPIEN, VI, 2 initio. De plus, la femme devait être *sui juris* (*Vatic. fragm.* 99 initio) et être autorisée par son tuteur; ULPIEN, XI, 20. Mais la *dotis dictio* pouvait se faire avant ou après la conclusion du mariage; *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 3 initio. En ce sens SCHILLING, III, § 281 et note d. Contra MAYNZ, III, § 310, note 13 initio.

(11) *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 3 initio; ULPIEN, VI, 2 initio.

(12) ULPIEN, VI, 2 i. f.; *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 3 initio.

(13) Arg. *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 3, et ULPIEN, VI, 2.

(14) C. Théod. 3, 12, *de inc. nupt.*, L. 3, v^is Dos si qua forte solenniter... dicta... fuerit; C. Théod. 3, 13, *de dot.*, L. 4 (C. J. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 6).

(15) *Loi romaine des Visigoths*, GAIUS, II, 9, § 3; TÉRENCE, *Andria* V, 4, v. 47-48. Il est probable que les termes usuels étaient « *Dos est* 1000 ». « *Accipio* »; arg. TÉRENCE, loc. cit. — (16) Cf. SCHILLING, III, § 281 et note i.

(17) Ce n'était pas nécessairement une *condictio certi*, comme le suppose SCHILLING, III, § 281 i. f.; voyez MAYNZ, III, § 310, p. 25.

A côté des contrats verbaux vinrent se placer les contrats littéraux, des contrats parfaits par la rédaction d'un écrit, *litteris*. Ici l'écrit ne sert pas seulement à la preuve du contrat[1]; il le crée, il lui donne l'existence[2]. Deux contrats de cette espèce se formèrent dans l'ancienne Rome : les *nomina transscripticia*[3] et les *chirographa* et *syngraphae*[4].

I. Des *nomina transscripticia*. A) Tout père de famille soigneux et en particulier les banquiers tenaient deux livres pour leurs opérations d'argent[5]. L'un était un brouillon, appelé *liber adversariorum*, où l'on annotait jour par jour, mais d'une manière sommaire et dans un ordre indéterminé, les opérations pécuniaires, les recettes et les dépenses[6]. Le second était un livre régulier de recettes et de dépenses[6a], *codex vel tabulae accepti et expensi*. On y inscrivait, habituellement tous les mois, les affaires mentionnées dans le brouillon, en plaçant chaque poste sous le nom de la partie adverse[6b]; c'est pourquoi les créances s'appelaient *nomina*[7]. De là aussi l'expression de *nomina facere* pour désigner le contrat littéral[8]. Dans une colonne on mettait les sommes reçues (*acceptum referre*)[9], dans l'autre les sommes payées (*expensum ferre*, *expensilatio*)[10], sans doute sur deux pages différentes[11]. C'est par le second registre que se formait le contrat littéral, basé sur l'idée d'un payement, d'une *expensilatio;* le premier était dépourvu de valeur juridique, il n'était pas produit en justice[12]. Selon toute vraisemblance, chaque contrat littéral comportait une double mention : le créancier inscrivait sous la rubrique des *accepta*

(1) Cf. Gaius, III, 131, et T. III, § 374, II, 2°. — (2) Gaius, III, 89 et 128.

(3) Gaius, III, 128-130 et 133. — (4) Gaius, III, 134.

(5) Cic., *in Verrem* II, lib. 1, c. 23, et *pseudo*-Asconius, *ad h. l*; Cic., *pro Cluentio* 30, *pro Roscio com.* 2-3, *pro Caecina* 6.

(6) Cic., *pro Roscio com.* 2-3. Notre *livre-journal* moderne mentionne aussi jour par jour les opérations de commerce.

(6a) Sous ce rapport, il ressemble au *livre de caisse* moderne.

(6b) Cic., *pro Roscio com.* 2-3. A ce point de vue, il ressemble au *grand-livre* moderne, qui contient, sous le nom de chaque client, son compte particulier. Il s'en sépare par ce que, sous chaque nom, on n'inscrivait probablement qu'un seul poste. Indépendamment du *codex accepti et expensi*, les banquiers et changeurs avaient sans doute un registre contenant le compte particulier de chaque client; D. 2, 13, *de edendo*, L. 4 § 1, L. 9 § 2, L. 10 § 1; D. 2, 14, *de pact.*, L. 47 § 1. Cf. Maynz, II, § 247, note 7. — (7) Dirksen, *Manuale latinitatis*, v° Nexum, § 3.

(8) I. 3, 21, *de litter. oblig.*, initio; Cic., *de offic.* III, 14, et *in Verrem* II, lib. 1, c. 36 et 39. — (9) Cic., *pro Caecina* 6.

(10) Cic., loc. cit.; Aulu-Gelle, XIV, 2, § 7.

(11) Pline, *Hist. natur.* II, 7 " Huic (Fortunae) omnia feruntur accepta : et in " tota ratione mortalium, sola *utramque paginam* facit ".

(12) Cic., *pro Roscio com.* 2, et *in Verrem* II, lib. 1, c. 49.

la dette qui devait être éteinte et parmi les *expensa* la nouvelle dette littérale qu'il s'agissait de créer. Quant au débiteur, s'il voulait être exact, il faisait les annotations inverses sur son registre : il inscrivait l'ancienne dette sous les *expensa* et la nouvelle parmi les *accepta*. Chaque *nomen* se trouvait ainsi transcrit d'une colonne à l'autre, sur le livre du créancier et sur celui du débiteur, ce qui rend compte de l'expression *nomen transscripticium*(13). — Le contrat littéral pouvait intervenir de deux manières différentes : d'abord entre les mêmes parties, lorsqu'une dette d'argent résultant d'une cause quelconque telle qu'une vente, un louage, une société, un prêt d'argent, était transcrite sur le registre à charge de l'ancien débiteur(14), ensuite entre le créancier et un nouveau débiteur, lorsqu'une somme d'argent due par quelqu'un était transcrite sur le registre à charge d'une autre personne, qui était obligée au lieu et place de l'ancien débiteur(15). Dans le premier cas, on parlait d'une *transscriptio a re in personam*, dans le second, d'une *transscriptio a persona in personam*(16). Mais il n'y avait pas de contrat littéral lorsque le prêteur d'une somme d'argent, au lieu d'inscrire cette somme à la fois comme *accepta* et comme *expensa*, ainsi qu'il vient d'être dit, se bornait à mentionner sa créance sous la rubrique des *expensa*(17). Appeler

(13) Deux autres explications sont possibles. On pourrait faire dériver le terme *nomen transscripticium*, soit de la transcription du brouillon sur le livre de recettes et de dépenses, soit de la novation de l'ancienne obligation. A cette dernière opinion se rallient Schilling, III, § 285 et note u, Ortolan, III, n° 1427, et Namur, II, § 311, **3**. Mais la transcription du brouillon dans le livre de recettes et de dépenses, malgré son caractère usuel, n'était pas de l'essence du *nomen transscripticium* et partant n'explique pas d'une manière satisfaisante la dernière expression. Les *nomina transscripticia* ne supposent pas davantage nécessairement une novation; voyez la note 22 du présent paragraphe. Il semble plus naturel de rendre compte des mots *nomina transscripticia* par la transcription d'une colonne à l'autre sur le registre de recettes et de dépenses. En ce sens Savigny, cité, p. 240-241, 250-254, Schlesinger, *Zur Lehre von den Formalcontracten*, p. 64, Maynz, II, § 247 et note 24, Voigt, cité, p. 552-565, et Girard, p. 496-497.

(14) Gaius, III, 129 " A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex " emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi " tulero „.

(15) Gaius, III, 130 " A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod " mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi „.

(16) Gaius, III, 128. Le créancier qui faisait une *transscriptio a persona in personam*, inscrivait la somme comme reçue de l'ancien débiteur et comme payée au nouveau. Mais celui-ci ne pouvait guère inscrire qu'un payement reçu; l'ancien débiteur n'en était pas moins libéré sur le registre du créancier.

(17) Cette annotation constituait un simple commencement de preuve du prêt, de même que la mention du payement d'un prix de vente pouvait valoir comme

un pareil *nomen transscripticium*, était chose impossible, puisqu'il n'y avait pas transcription d'une page à l'autre[18]; on le qualifia de *nomen arcarium* (de *arca*, caisse)[19]. C'est en ce sens que Gaius dit que les *nomina arcaria* se formaient *re* et non *litteris;* le registre valait seulement comme moyen de preuve[20]. Gaius ne veut pas écarter l'application des *nomina transscriptici* aux prêts d'argent; on ne voit pas pourquoi le prêteur et l'emprunteur agissant de commun accord auraient été impuissants à convertir l'obligation *ex mutuo* en une obligation littérale par la voie de la transcription[21]. — Rien n'empêchait non plus de créer un *nomen transscripticium* indépendamment d'une novation[22], bien que celle-ci accompagnât presque toujours la transcription. Mais

un commencement de preuve d'un achat; Cic., *in Verrem* II, lib. 1, c. 23 " Unum " ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti! „. Cf. Schilling, III, § 285 et note q, et ci-dessus T. I, § 132, II, A, 1°.

(18) ni une novation. — (19) Gaius, III, 131.

(20) Gaius, III, 131 " Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur; " in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valet " quam si numerata sit pecunia : numeratio autem pecuniae re facit obligationem : qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere „. 132 " Unde non proprie " dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed " numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis juris gentium est ". Voyez la note 17 du présent paragraphe.

(21) Cf. Ortolan, III, n° 1417. Contra Schilling, III, § 285, Savigny, cité, *Nachtrag*, § 10, et Maynz, II, § 247, p. 364.

(22) En ce sens Savigny, cité, p. 224-225, et *Nachtrag*, § 7 et 8, Unterholzner, cité, I, § 20, n° II, 3, et Ortolan, III, n° 1423 initio. Contra Schilling, III, § 285 et note u, et Maynz, II, § 247, p. 364-366.

Tel est le cas où quelqu'un, après avoir prêté une somme d'argent, la transcrivait *immédiatement* sur son livre de recettes et de dépenses parmi les *accepta* et parmi les *expensa*; il y avait alors non pas deux contrats, un *mutuum* et un contrat littéral, mais un contrat unique, parfait *litteris*, ce qui excluait l'idée d'une novation; arg. D. 46, 2, *de novat.*, L. 6 § 1, L. 7, et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 12 § 2 " quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.. „. En ce sens Ortolan, III, n° 1423 initio. Contra Savigny, cité, *Nachtrag*, § 10, p. 258, note 1.

Il en était de même lorsque celui à qui une somme d'argent avait été promise à titre gratuit, en faisait de suite la transcription sur son registre. Cf. Valère Maxime, *de dictis factisque memoralibus* VIII, 2, § 2 " C. Visellius Varo gravi " morbo correptus, trecenta millia nummum ab Otacilia Laterensi, cum qua con " mercium libidinis habuerat, *expensa sibi ferri* passus est... quos, ut front " inverecunda, ita inani stipulatione captaverat „. Si, dans l'espèce de ce passage, l'*expensilatio* faite *donationis causa* est frappée d'inefficacité, ce n'est pas à cause de la forme de la donation, mais parce que la donation était immorale *(front inverecunda);* de plus il s'agissait d'une donation à cause de mort faite à l'occasion d'une maladie du donateur et celui-ci s'était rétabli; enfin il y avait lieu à l'*exceptio legis Cinciae*. Cf. Unterholzner, cité, I, § 20, n° II, 3, Savigny, cité

ontrat littéral n'existait point par cela seul que le créancier avait it sur son registre les annotations susdites; il fallait en outre ue le débiteur eût consenti à ces annotations; ce consentement ait de l'essence du contrat littéral comme de toute autre convenon[23]. La présence du débiteur était inutile[24]. Son consentement ésultait de ce que lui-même avait porté la dette sur son registre ous la rubrique des *accepta;* tout débiteur honnête et soigneux 'scrivait la somme d'argent sur son propre registre, d'abord comme *xpensa,* puis comme *accepta*[25]. Le consentement du débiteur ouvait aussi se manifester par un autre écrit, tel qu'une lettre dressée au créancier[26], ou bien de vive voix. Le consentement du débiteur au *nomen transscripticium* se prouvait soit par la vérifiation de son registre[27], soit par un écrit émané de lui, soit par moins[28]. Dans le cas où le *nomen transscripticium* tendait à

achtrag, § 7 i. f. et 8, et ORTOLAN, III, n° 1423 initio. Contra SCHILLING, III, 285, note u.

Mais un *nomen transscripticium* ne pouvait se former en vue d'une créance ture, par exemple en vue des indemnités éventuelles dues à un mandataire. *expensilatio* ne pouvait se faire sous condition (*Vatic. fragm.*, 329) et, dans espèce, elle aurait été conditionnelle. *Non obstat* CIC., *ad Atticum* IV, 18; on doit pliquer ce passage à une novation subjective du débiteur. En ce sens ORTOLAN, I, n° 1423. Contra SAVIGNY, cité, p. 224, et *Nachtrag*, § 7 initio, lequel voit ici *nomen transscripticium* indépendant d'une novation.

(23) CIC., *pro Roscio com.* 1 " Scripsisset ille, si non *jussu hujus* expensum tulisset?.. non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri *jussisset?* „ et c. 2 Suum codicem testis loco recitare, arrogantiae est „; VALÈRE-MAXIME, VIII, § 2 " C. Visellius Varo... ab Otacilia Laterensi... expensa sibi ferri *passus est* „.

(24) GAIUS, III, 138.

(25) CIC., *pro Roscio com.* 1 " Non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset? Nam, quemadmodum turpe est scribere, quod non debeatur; sic improbum est, non referre, quod debeas; aeque enim tabulae condemnantur ejus, qui verum non retulit; et ejus, qui falsum perscripsit „.

(26) Cf. *pseudo*-ASCONIUS *in Verrem* II, lib. 1, c. 23 " Sed postquam *assignandis literis reorum* ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit „; d'autres manuscrits portent: " *obsignandis* „. Voyez SAVIGNY, cité, *Nachtrag*, § 9, p. 256-257 et note 1.

(27) Si les registres du créancier et du débiteur ne concordaient point, la usseté de l'un ou de l'autre pouvait être établie par des surcharges ou des tures (CIC., *in Verrem* II, lib. 1, c. 36, vis in flagitiosa litura) ou par d'autres rconstances; CIC., cité, c. 39, et *pro Roscio com.* 1, vis aeque enim tabulae condemnantur ejus, qui verum non retulit; et ejus, qui falsum perscripsit „.

(28) On paraît aussi avoir eu recours à des témoins d'une nature spéciale *pararii)*, qui constataient le contrat littéral dans leurs propres registres; SÉNÈQUE, *de benefic.* III, 15 " Adhibentur ab utraque parte testes; ille per tabulas plurium nomina, interpositis parariis, facit „ et II, 23 " Quidam volunt nomina secum fieri, nec interponi parariis, nec signatores advocari, nec chirographum dare „. Cf. SCHILLING, III, § 285, note m i. f., ORTOLAN, III, n° 1421, . 250, note 3, et MAYNZ, II, § 247, note 22 initio.

substituer un nouveau débiteur à l'ancien, ce dernier n'avait pas besoin de consentir; le consentement du nouveau débiteur était seul nécessaire, le tout conformément au droit commun de la novation[29].

B) Les *nomina transscripticia* étaient une institution civile[30]. C'est pourquoi :

1° Ils étaient de droit strict[31] et, comme ils reposaient sur l'idée d'un payement, ils n'admettaient ni condition[32] ni terme[33]. Le créancier disposait d'une *condictio certi*, car il s'agissait toujours d'une somme d'argent déterminée[34].

2° Les *nomina transscripticia* étaient réservés aux citoyens romains, sauf que, d'après certains jurisconsultes romains, les pérégrins pouvaient au moins faire une *transscriptio a re in personam*[35].

II. *Des chirographa et des syngraphae*[36]. 1° Le chirographe [*chirographum*[37]] est la promesse écrite de payer une dette[38], quel qu'en soit l'objet ou la cause; le chirographe *de mutuo* en constitue une espèce particulière[39].

2° La *syngrapha*[40] est aussi une promesse écrite de payer une

(29) Il ne faut pas que le nouveau débiteur soit délégué par l'ancien, comme le suppose Gaius, III, 130, en s'attachant à ce qui arrivait d'habitude.

(30) Gaius, III, 133 " quodammodo juris civilis est talis obligatio „. Le mot *quodammodo* s'explique parce que la *transscriptio a re in personam* était, selon quelques jurisconsultes romains, accessible aux pérégrins.

(31) Arg. Cic., *pro Roscio com.* 4 i. f. et 5. — (32) *Vatic. fragm.* 329.

(33) Arg. du même texte. — (34) Cic., *pro Roscio com.* 4 i. f. et 5.

(35) peut-être parce qu'il existait déjà une obligation naturelle entre parties; Gaius, III, 133.

(36) Gneist, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts*, p. 321-388 et 413-514, Berlin, 1845. — Dareste, *Bulletin de correspondance hellénique* VIII (1884), p. 362 et ss. — Dareste, Haussoullier et Reinach, *Inscriptions juridiques grecques* I (1891), p. 297-300. — Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht*, p. 459-498, et *Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, p. 292-293, 296-297, 304-306 et 307-310. — Schupfer, *Singrafe e chirografi*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche* VII, p. 345 et ss.

(37) encore *chirographus*, au pluriel seulement *chirographa*, de χείρ, main, et γράφειν, écrire.

(38) Gaius, III, 134 " Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis " et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo " nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum " est „.

(39) *Chirographum* est synonyme de *cautio*; mais le mot ne commença à être employé en ce sens que sous l'empire (Juvénal, *Sat.* XIII, 135; Suétone, *César* 17); auparavant il désignait l'écriture (Cic., *Philippiques* II, c. 4, § 8) ou l'écrit; (Cic., *Epist. ad div.* X, 21, XII, 1. On finit même par l'appliquer, comme le mot *cautio*, à une quittance; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 52 pr. initio. Voyez Gneist, cité, p. 331-336. — (40) ou *syngraphum*, au pluriel seulement *syngraphae*.

dette quelconque[41]. Mais, tandis que les *chirographa* étaient relatifs à un engagement unilatéral, les *syngraphae* concernaient des obligations bilatérales[42]. C'est pourquoi on les faisait à autant d'exemplaires qu'il y avait de parties ayant un intérêt opposé; chacune de ces parties recevait un exemplaire[43].

3° Les *chirographa* et les *syngraphae* formaient des contrats littéraux, de la même manière que les *nomina transscripticia*; le promettant ne pouvait pas se défendre en soutenant qu'il n'avait pas reçu la somme promise[44]. Ce qui les différenciait des *nomina*

(41) Cf. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht*, p. 464 et note 2, p. 475-480.

(42) pseudo-ASCONIUS, *ad Cic. in Verrem* II, lib. 1, c. 36 " Inter syngraphas et " cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum quae gesta sunt scribi " solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit et non numerata " quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria voluntate hominum " scribi solent more institutoque Graecorum : et ceterae tabulae ab una parte " servari solent, syngraphae signatae utriusque manu utrique parti servandae " traduntur ". Bien que ce renseignement émane d'un grammairien du IVe siècle de l'ère chrétienne qui ne brille point par l'exactitude en matière juridique, il est difficile de ne pas en tenir compte; le renseignement est précis et semble emprunté à un ouvrage de droit.

En ce sens GIRARD, p. 499, et ORTOLAN, T. III, n° 1130 initio. Cf. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht*, p. 468-484 et 493-494. GNEIST, cité, p. 482-514, repousse tout le passage de pseudo-ASCONIUS.

Les *syngraphae* sont certainement d'origine grecque; GNEIST, cité, p. 418-482. — MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht*, p. 459-480. Les *chirographa* ont aussi une origine pérégrine (GAIUS, III, 134 i. f.), probablement hellénique; COSTA, II, p. 241.

(43) pseudo-ASCONIUS, reproduit à la note précédente " utrique parti servandae " traduntur ".

(44) 1° GAIUS, III, 134 (passage transcrit à la note 38 du présent paragraphe). Non seulement Gaius dit « litterarum obligatio fieri videtur », mais il ajoute « ita « scilicet si eo nomine stipulatio non fiat »; l'obligation littérale n'existait qu'à défaut de l'obligation verbale; si les *chirographa* et les *syngraphae* avaient eu une simple force probante, ils l'auraient eue même s'ils avaient été faits à l'occasion d'une stipulation et Gaius aurait ajouté d'une manière inexacte les mots « ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat ». Cette interprétation s'impose d'autant plus que Gaius venait de constater expressément (III, 131-132) que les *nomina arcaria* servaient seulement à la preuve du prêt; il ne dit rien de semblable des *chirographa* et des *syngraphae*. S'il se borne à dire « litterarum obligatio *fieri videtur* et non *fit* », cette manière de parler s'explique parce qu'il s'agit d'une obligation du droit des gens entre pérégrins.

2° pseudo-ASCONIUS, reproduit à la note 42 du présent paragraphe; ce passage corrobore la thèse défendue ici, du moins pour les *syngraphae*.

En ce sens SCHILLING, III, § 285 i. f., SCHLESINGER, *Zur Lehre von den Formalcontracten*, p. 69-72, ORTOLAN, III, n° 1431 initio, MAYNZ, II, § 247 i. f., MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht*, p. 482-483, et COSTA, II, p. 245, note 78.

Contra GNEIST, cité, p. 380-386, 492-508, SAVIGNY, cité, *Nachtrag*, § 4, GIDE, *Novation*, p. 289, et GIRARD, p. 499 et note 5.

Au point de vue du droit hellénique, la même solution est commandée par les

transscripticia, c'est qu'ils étaient indépendants de tout livre d'affaires du créancier; c'étaient des écrits sur feuille volante. Ils n'étaient assujettis à aucune forme[45]. Mais, en fait, souvent les parties apposaient leur sceau au bas de l'écrit (*subsignare*, *adsignare*) pour tenir lieu de signature[46], elles déposaient l'écrit chez un tiers[47] et des témoins intervenaient dans la passation et dans le dépôt de l'écrit[48]. A l'origine les *chirographa* et les *syngraphae* n'étaient guère employés qu'entre pérégrins[49], mais ils n'étaient pas inconnus entre Romains[50].

§ 361. DES CONTRATS CONSENSUELS ET DES PACTES CONFIRMÉS.

Les contrats verbaux et les contrats littéraux étaient un progrès par rapport aux contrats réels *per aes et libram*. Mais, pour compléter le développement de la théorie des conventions, il fallait admettre des contrats consensuels, c'est-à-dire des contrats parfaits par le simple consentement des parties.

1° Dès une haute antiquité, les Romains avaient reconnu comme tels la vente, le louage, la société et le mandat[1]. Le contrat emphytéotique ne fut d'abord pas considéré comme un contrat propre; les jurisconsultes romains le rattachaient, les uns à la vente, les autres au louage[2]; ce n'est qu'en vertu d'une constitution de l'empereur Zénon qu'il devint un cinquième contrat consensuel[3]. Quant au contrat de superficie, il ne constitua jamais un contrat indépendant; c'est une vente, un louage ou une donation, selon que la superficie

documents grecs qui nous sont connus aujourd'hui, du moins pour les *syngraphae*, et par Gaius, III, 134. En ce sens Mitteis, cité, p. 469-480, et Costa, II, p. 241-242 et note 74. Cf. Girard, p. 499 et note 5. Contra Gneist, cité, p. 471-475. — (45) Gneist, cité, p. 468-469, 476-482, 499-500.

(46) pseudo-Asconius, passage reproduit à la note 42; cf. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 39 pr., et Festus, v° Signare. Parfois encore les parties déclaraient adhérer au contenu de l'écrit, mais elles ne se bornaient guère à apposer leur nom au bas de l'écrit; la signature moderne était quasi-inconnue dans l'antiquité classique; Mitteis, *Röm. Privatrecht*, p. 302-303 et 304-305. — (47) Gneist, cité, p. 442-443.

(48) Sénèque, *de benef.* II, 23, III, 15. Gneist, cité, p. 443-444.

(49) Gaius, III, 134 i. f.

(50) Aulu-Gelle, XIV, 2, § 7. En ce sens Costa, II, p. 245-246, Schupfer, cité, p. 345 et ss., et Maynz, II, § 247, note 27. Contra Gneist, cité, p. 386. A l'époque de Cicéron, les *syngraphae* étaient vues avec défaveur, parce que, affranchies de toute forme, elles prêtaient à la fraude; souvent des usuriers y inscrivaient une somme supérieure au montant de la dette et l'écrit comme tel avait force obligatoire; Gneist, cité, p. 483-492.

(1) Gaius, III, 135-136. Cf. Pernice, *Labeo* I, p. 441-469.

(2) Cette dernière opinion prévalait; Gaius, III, 145.

(3) I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 3; C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 1.

st concédée pour un prix global, pour un prix périodique ou à titre ratuit[4].

2° D'autre part, les jurisconsultes romains firent admettre que es conventions accessoires ajoutées immédiatement à un contrat e bonne foi seraient civilement obligatoires par le seul consentement des parties[5], Le préteur reconnut la convention d'hypothèque[6], le constitut[7], la convention relative à un serment extrajudiciaire[8] et l'acceptation des fonctions d'arbitre[9]. Une constitution e Théodose II et de Valentinien III rendit obligatoire comme telle a constitution de dot[10] et Justinien en fit de même pour la donation[11]. Ces trois catégories de conventions s'appellent respectivement pactes accessoires, pactes prétoriens et pactes légitimes (*pacta adjecta**[12], *pacta praetoria**[13] et *pacta legitima**[14]. On les réunit sous la dénomination commune de pactes confirmés (*pacta vestita**[15]), parce qu'elles sont munies d'une action; à elles s'opposent les pactes simples (*pacta nuda*)[16] ou dépourvus d'action. Les pactes confirmés sont en réalité des contrats consensuels; le seul consentement des parties y suffit à la perfection de la convention. Néanmoins nos sources refusent d'une manière jalouse à ces conventions le nom de contrat; pas une seule fois elles ne les appellent contrats consensuels. C'est que les pactes accessoires n'étaient pas obligatoires par eux-mêmes, mais seulement à raison d'un autre contrat, dont ils forment une dépendance. Quant aux pactes prétoriens, leur reconnaissance n'était pas due au droit civil et les pactes légitimes apparurent à une époque où la théorie des contrats était définitivement fixée dans les écrits des jurisconsultes classiques; on ne voulut plus la modifier en y faisant entrer des espèces nouvelles[17].

3° Là s'arrêta le développement des conventions parfaites par le

(4) Arg. D. 43, 18, *de superf.*, L. 1 § 1 initio et 7.
(5) D. 2, 14, *de pact.*, L 7 § 5. Cf. T. IV, § 467.
(6) I. 4, 6, *de action.*, § 7 initio. Cf. T. III, § 365, note 71.
(7) I. *eod.*, § 9. Cf. T. III, § 353, 2° et 3°. — (8) Arg. I. *eod.*, § 11.
(9) D. 4, 8, *de recept.*, L. 3 § 1. — (10) C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 6.
(11) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 35 § 5*a*-5*d*; cf. T. IV, § 406, 2°. Jusqu'à un certain point, le compromis et la promesse de payer les intérêts d'un capital reçu en *mutuum* appartiennent aussi à la catégorie des pactes légitimes, en vertu de constitutions de Justinien; cf. T. III, § 365, notes 67 et 68.
(12) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 5. — (13) Cf. D. *eod.*, L. 17 § 2.
(14) Cf. D. *eod.*, L. 6. — (15) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 15 i. f.
(16) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4.
(17) Schilling, III, § 250 initio et i. f. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous examinerons *ex professo* la distinction entre les contrats et les pactes: T. III, § 365, I.

seul consentement des parties. Le droit romain possédait cinq contrats consensuels, quelques pactes légitimes ou prétoriens et les contrats de bonne foi soutenaient des clauses accessoires de toute nature. En dehors de ces espèces rigoureusement déterminées, dominait le principe que la convention comme telle, la convention fondée sur le seul consentement des parties, constituait un simple pacte; elle ne produisait pas d'obligation civile ni une action; il n'en résultait qu'une obligation naturelle et une exception. C'est une grave imperfection du droit romain. Justinien aurait dû convertir la stipulation en un contrat consensuel d'une application générale; il aurait supprimé ainsi d'un seul coup la distinction entre les contrats et les pactes, entre les contrats consensuels et les contrats verbaux, entre les pactes confirmés et les pactes simples. C'eût été une assimilation analogue à celle qu'il fit dans plusieurs autres théories du droit romain. Mais il ne réalisa pas cette réforme; il se borna à rapprocher quelque peu la stipulation des contrats consensuels, comme nous l'expliquerons au paragraphe suivant. La stipulation n'en constitue pas moins le complément du système des contrats consensuels et des pactes confirmés; elle fournit un moyen facile de rendre les simples pactes obligatoires en droit civil.

§ 362. HISTORIQUE DES CONTRATS VERBAUX.

1° En vertu d'une constitution de l'empereur Léon 1er de l'an 472, la stipulation fut affranchie des termes solennels; dorénavant elle put se faire en termes quelconques(1). Elle continua d'exiger un consentement donné de vive voix(2), au moyen d'une question du créancier et d'une réponse du débiteur(3).

2° En ce qui concerne la *dotis dictio* et le *receptum* des banquiers, ils ont disparu. La *dotis dictio* n'avait plus de raison d'être, après que les empereurs Théodose II et Valentinien III avaient fait de la constitution de dot un pacte légitime(4); le *receptum* des banquiers s'était aussi perdu avant Justinien(5).

(1) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 10 " Omnes stipulationes, " etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu " contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem "; I. 3, 15, *de V. O.*, § 1 i. f. — (2) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 12 initio.

(3) I. 3, 15, *de V. O.*, pr. initio. — (4) C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 6.

(5) C. 4, 18, *de constit. pec.*, L. 2 pr. initio; cf. I. 4, 6, *de action.*, § 8. Cf. T. III, § 353, 3°.

§ 363. HISTORIQUE DES CONTRATS RÉELS.

Les anciens contrats réels n'étaient valables que pour autant qu'ils eussent été revêtus de la forme de la mancipation, de manière à donner lieu à l'action de fiducie[1]. La simple remise d'une chose en vue d'une prestation réciproque n'autorisait pas à poursuivre l'exécution de celle-ci, à moins qu'on ne se fût fait promettre la prestation réciproque par le contrat verbal de stipulation, auquel cas on disposait de l'*actio ex stipulatu*[2]. A défaut de l'emploi des formes de la mancipation et de la stipulation, celui qui avait remis une chose en vue d'une prestation réciproque, était sans action pour exiger celle-ci. Il pouvait seulement répéter par la *condictio causa data causa non secuta* ce qu'il avait payé[3], ou bien encore, du moins à partir d'une certaine époque du droit romain, agir en dommages et intérêts; dans le cas d'un dol de la partie adverse, il exerçait l'action de dol[4]; s'il y avait simple faute, mais que l'équité réclamât une réparation pécuniaire indépendamment de la restitution de la chose reçue, on finit par accorder une action *in factum*[5]. Mais on débarrassa successivement tous les contrats réels de la forme de la mancipation; on admit d'une manière générale que la simple remise d'une chose ou la simple prestation d'un fait en vue d'une prestation réciproque était une cause suffisante d'obligation et constituait un contrat produisant une obligation civile et une action pour réclamer la prestation réciproque[6].

1° Ce principe fut d'abord reconnu pour quatre contrats réels : le prêt de consommation, le prêt à usage, le dépôt et le contrat de gage[7]. L'époque précise de cette réforme ne nous est pas indiquée; le silence de nos sources atteste son antiquité. Ce fut après la loi des Douze tables que l'on commença à frapper des pièces de monnaie dont la valeur se déterminait par le nombre, à côté des anciens

(1) Cf. § 358. — (2) Cf. § 359, 1°.

(3) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 52 " ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit „ et L. 65 § 4 " Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem : veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris „.

(4) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5 § 3 " Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur „ et L. 16 § 1.

(5) L. 16 § 1 cit. Voyez MAYNZ, II, § 243 initio.

(6) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2, vis sed et si in alium contractum res non transeat, « subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut « puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias : hoc συνάλλαγμα « esse et hinc nasci civilem obligationem », et vis esse enim contractum, quod « Aristo συνάλλαγμα dicit ».

(7) GAIUS, III, 90; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 2, 3, 5 et 6.

lingots d'airain remontant à Servius Tullius dont la valeur se déterminait par le poids[8] et qui disparurent plus tard[9]. Le pesage de la monnaie en présence de cinq témoins et du *libripens* était devenu symbolique; le prêteur frappait la balance d'une pièce de monnaie, qu'il remettait pour la forme à l'emprunteur[10]. Dès lors l'emploi de la mancipation devait finir par perdre son caractère obligatoire[11]. En ce qui concerne le *nexum*, qui dans l'ancienne Rome accompagnait si usuellement le prêt d'argent[12], il fut défendu d'une manière absolue par une loi *Poetelia*[13], qui paraît appartenir à l'année 313 avant J. C.[14]; l'emprunteur d'une somme d'argent, disait la loi, n'obligera plus que ses biens et non sa personne[15]; d'après Tite-Live[16], ce fut en quelque sorte un nouveau commencement de liberté pour les plébéiens[17].

2° Sous l'empire, le principe qu'une simple prestation faite en vue d'une prestation réciproque était une cause suffisante d'obligation, fut appliqué à d'autres espèces que le prêt de consommation, le commodat, le dépôt et le contrat de gage. La réforme fut due aux Proculéiens. Elle traversa les mêmes phases que la plupart des autres réformes du droit romain; elle s'opéra d'une manière successive. Labéon et ses partisans commencèrent par faire prévaloir le principe nouveau dans certains cas particuliers, où il

(8) Gaius, I, 122 « olim aereis tantum nummis utebantur, et erant asses, dupundii, semisses, quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus; *eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat sed in pondere* ».

(9) Cf. T. I, § 65, I, 2°. — (10) Cf. Gaius, III, 174.

(11) Voyez cependant Gaius, III, 173 « si quid eo nomine debeatur, quod per « aes et libram gestum sit.. ». Cf. Schilling, III, § 267 i. f. — (12) Cf. § 358, 2°.

(13) Tite-Live, VIII, 28 " cautumque in posterum ne necterentur „. D'après Tite-Live, loc. cit., ce furent les mauvais traitements d'un créancier sur la personne d'un *nexus* du nom de C. Publilius qui provoquèrent la suppression du *nexum*. La loi fut appliquée; Tite-Live, VIII, 28 " necti desierunt „; Cic., *de republ.* II, 34 " nectierque postea desitum „. — (14) Cf. T. I, § 141, I, 1° i. f.

(15) Tite-Live VIII, 28 " pecuniae creditae bona debitoris, non corpus " obnoxium esset „. — (16) VIII, 28.

(17) plebi romanae velut aliud initium libertatis factum est. La loi *Poetelia*, par une disposition spéciale, libérait en outre les *nexi actuels* de leur état de servitude (Tite-Live, VIII, 28 " Ita nexi soluti „; Cic., *de republ.* II, 34, vis omnia nexa civium liberata), à la condition d'affirmer sous la foi du serment que leurs biens suffisaient au payement de leur créancier; Varron, *de lingua lat.* VII, 105, vis et omnes, qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti.

En vertu d'une troisième disposition, qui appartient à une autre matière, la loi *Poetelia* défendait d'enchaîner les débiteurs adjugés à leur créancier à la suite de la *manus injectio (addicti)*, sauf dans le cas d'une condamnation pour délit; Tite-Live, VIII, 28 " ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in " compedibus aut in nervo teneretur „.

semblait surtout commandé par l'équité[18]. Sous Trajan, le jurisconsulte Ariston posa la règle générale qu'il existait une cause d'obligation toutes les fois que l'une des parties avait *donné* une chose dans le but de recevoir en échange une prestation quelconque[19]; à la fin de la période classique, cette règle avait été étendue à tous les cas où une prestation autre qu'une dation avait été faite en vue d'une prestation réciproque[20]. La réforme était maintenant complète. Parmi les nouveaux contrats, quelques-uns portaient un nom spécial; il suffira de citer le *precarium*[21], la *transactio*[22], la *permutatio*[23] et l'*aestimatum*[24]; ces noms datent de l'époque classique et étaient aussi techniques que ceux de *mutuum* et de *commodatum*[25]. Mais la plupart des nouveaux contrats réels manquaient d'une dénomination particulière et on ne pouvait songer à en donner une à chacun d'eux, car ils variaient à l'infini[26]. Dès

(18) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 1 § 1 " Domino mercium in magistrum " navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, " civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit „.

D. *eod.*, L. 6, Neratius, " Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. " Respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est „.

D. *eod.*, L. 12, Proculus, " Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione " comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos " fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro : in factum " existimo judicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum „.

Voyez encore D. *eod.*, L. 19 pr., L. 20 pr. et § 2, et D. 12, 4, *de cond c. d. c. n. s.*, L. 16 initio.

(19) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2 " Sed et si in alium contractum res non " transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obliga- " tionem. Ut puta *dedi* tibi rem ut mihi aliam *dares*, *dedi* ut aliquid *facias* : hoc " συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem „.

(20) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5 § 4, Paul, " Sed si facio ut facias, haec " species tractatus plures recipit... Sed tutius erit et in insulis fabricandis et in " debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem „.Voyez encore D. *eod.*, L. 5 § 5, L. 15, L. 16 pr., L. 22, L. 25.

Si, au D. *eod.*, L. 5 § 3, Paul repousse encore la nouvelle doctrine pour les conventions *facio ut des* " Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, " nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur „, son opinion était condamnée par Gaius (D. *eod.*, L. 22) et par Ulpien (D. *eod.*, L. 15; D. 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 3 § 4), dont la doctrine fut confirmée par un rescrit d'Alexandre Sévère (C. 2, 4, *de transact.*, L. 6) et devint ainsi dominante. Cf. Schilling, III, § 324 et notes ee et ff, et Maynz, II, § 243, note 10. Contra, au moins pour le droit classique, Accarias, *Contrats innommés*, p. 192-222.

(21) D. 43, 26, *de precario*. — (22) D. 2, 15, *de transactionibus*.

(23) D. 19, 4, *de rerum permutatione*. — (24) D. 19, 3, *de aestimatoria*.

(25) Il y avait un *interdictum de precario* (D. 43, 26, *de prec.*, L. 8 pr. initio, L. 14) et une *actio de aestimato vel aestimatoria;* D. 19, 3, *de aestim.*, L. 1 pr.

(26) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 4 " Natura enim rerum conditum est, ut plura " sint negotia quam vocabula „.

lors, au moins pour ces contrats sans nom propre, il était impossible de créer des actions spéciales, désignées par le nom du contrat auquel elles se rapportaient[27]. Il était également impossible d'insérer dans la formule de la nouvelle action une *demonstratio* indiquant le nom du contrat dont on poursuivait l'exécution; on ne pouvait dire, comme à l'*actio venditi* ou à l'*actio depositi*, « *quod ille vendidit vel deposuit* »[28]. Il fallait remplacer cette *demonstratio* par un libre exposé des faits de la cause; cet exposé était une véritable *demonstratio* conçue *in factum*[29] et, comme la *demonstratio* proprement dite, elle figurait en tête de la formule, immédiatement après la désignation du juge. De là le nom de *praescriptio* donnée à cette partie de la formule[30] et celui d'*actio praescriptis verbis*[31]. La création de cette action pour les nouveaux contrats réels qui étaient dépourvus d'une désignation propre, n'empêchait pas de créer des actions spéciales pour ceux qui avaient reçu des noms propres. Mais comme les uns et les autres étaient soumis à la même théorie, il était logique d'y attacher une action unique et l'action *praescriptis verbis* fut appliquée d'une façon générale à tous les contrats réels autres que les deux prêts, le dépôt et le contrat de gage[32]. En partant de l'idée que tous ces contrats sont garantis par une action générale ou innomée, les interprètes du droit romain ont été amenés à les appeler contrats innomés; cette expression est irréprochable. Mais on doit se garder de l'entendre en ce sens que tous les contrats dont il s'agit manqueraient d'une *dénomination* propre. Elle signifie seulement que tous sont garantis par une *action* innomée, par l'action *praescriptis verbis;* celle-ci avait été rendue nécessaire parce que la plupart des nouveaux contrats n'avaient pas de nom particulier, et on l'avait étendue aux contrats pourvus d'un nom propre. Au reste, à côté de l'action *praescriptis verbis* qui tend à l'exécution du contrat innomé, on maintint la *condictio causa data causa non secuta* en résolution du contrat, du chef d'inexécution des obligations de la partie adverse[33].

(27) D. *eod.*, L. 2 " Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina " praescriptis verbis agendum est », L. 3 " in quam necesse est confugere, quotiens " contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili prod tae sunt „ Voyez encore D. *eod.*, L. 1 pr. — (28) Gaius, IV, 40.

(29) C. 2, 4, *de transact.*, L. 6 § 1 " utilis actio, quae praescriptis verbis rem " gestam demonstrat.. »; cf. Gaius, IV, 136 " loco demonstrationis.. „. Voyez Accarias, *Contrats innommés*, p. 64-65. — (30) Cf. Gaius, IV, 136.

(31) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 1 pr., L. 2.

(32) D'ailleurs le D. 19, 3, *de aestimat.*, L. 1 pr., appelle l'action naissant du contrat estimatoire *actio de aestimato* et *actio aestimatoria praescriptis verbis.*

(33) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 4 § 1.

§ 364. HISTORIQUE DES CONTRATS LITTÉRAUX.

I. 3, 21, *de litterarum obligatione.* — C. 4, 30, *de non numerata pecunia.*

GNEIST, *De recentiore litterarum obligatione*, Berlin, 1838, et *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts*, p. 321-410, Berlin, 1845.

SCHLESINGER, *Zur Lehre von den Formalcontracten und der exceptio non numeratae pecuniae*, p. 67-79, Berlin. 1858.

Tandis que les contrats réels parvenaient à un développement complet, les anciens contrats littéraux avaient un sort très différent; ils disparaissaient d'une manière absolue et la législation de Justinien ne connaît plus ni les *nomina transscripticia*(1), ni le contrat littéral fondé sur les *chirographa* et les *syngraphae*(2). C'était une conséquence du développement de la théorie des conventions. Dans le nouveau droit romain, non seulement il existe une convention civilement obligatoire toutes les fois qu'une prestation quelconque a lieu en vue d'une prestation réciproque, mais plusieurs des conventions les plus fréquentes de la vie civile sont parfaites par le simple consentement des parties et toutes les autres peuvent être rendues civilement valables par l'emploi de la forme simplifiée de la stipulation(3). Les contrats littéraux n'avaient donc plus de raison d'être. Il est vrai que Justinien dispose que si un chirographe *de mutuo* a deux ans de date, il fait pleine foi du prêt et que le signataire ne peut plus invoquer l'*exceptio non numeratae pecuniae*(4).

(1) Ils s'étaient déjà perdus à l'époque de *pseudo*-ASCONIUS, *in Verrem* II, lib. 1, c. 23, vis ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit. Voyez encore I. *h. t.*, initio.

(2) Les *chirographa* et les *syngraphae* tombèrent en désuétude. Mais ils ne disparurent pas par le seul effet de la constitution de Caracalla qui accorda la cité romaine à tous les habitants de l'empire, car les Romains y recouraient aussi (§ 360 et note 51) et d'autre part la constitution précitée de Caracalla n'abrogea pas le droit provincial (T. I, § 4, IV); C. Théod. 2, 4, *de denunciat.*, L. 6, ARCADIUS et HONORIUS, " Si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo " data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo *in litterarum obliga-* " *tionem facta cautione translatum est*, seu fideicommissi dirigat actionem.. ". En ce sens SCHILLING, III, § 285 i. f. Contra GIRARD, p. 499-500. D'après MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht*, p. 486, les provinces ne s'en tinrent pas opiniâtrement à leurs *syngraphae* après la constitution de Caracalla; COSTA, II, p. 245-246, estime que les *syngraphae* ne se maintinrent pas longtemps après Gaius.

(3) Une simple lettre relative à une obligation préexistante valait comme constitut. SAVIGNY, *Vermischte Schriften* I, p. 244 et 248.

(4) C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14 pr. initio; cf. T. IV, § 441. L'empereur attribue la même force probante au chirographe *de dote*, lorsque le mariage a duré dix ans; ici également, après l'expiration de ce délai, il défend au mari de se prévaloir de l'*exceptio non numeratae dotis*; Nov. 100, c. 2, pr. initio. Quant au

C'est pourquoi, dans ses Institutes[5], l'empereur représente le chirographe *de mutuo* comme créant une obligation littérale. Mais cette appréciation est inexacte. Le chirographe *de mutuo*, alors même qu'il remonte à deux ans, sert seulement à la preuve du prêt; le signataire du billet est obligé en vertu du prêt et non à raison de l'écrit; celui-ci prouve l'obligation, il ne la crée point[6]. On objecte que, malgré l'écrit et l'expiration des deux années, en fait le prêt peut ne pas avoir eu lieu; or, dit-on, si le prêt ne s'est pas effectué, il n'est pas la cause de l'obligation; celle-ci repose alors exclusivement sur l'écriture. L'argument est spécieux. Lorsque le chirographe *de mutuo* remonte à deux années, le prêt est juridiquement établi; il existe en droit et c'est lui qui crée l'obligation. La circonstance que, en fait, le prêt pourrait ne pas avoir eu lieu, ne doit pas être prise en considération; ce qui n'est pas juridiquement établi est inexistant en droit. D'ailleurs, à l'occasion d'un contrat quelconque rédigé par écrit, on pourrait dire que ce contrat a pu ne pas intervenir; le dépôt constaté par écrit n'a pas nécessairement été fait; on n'est pas autorisé à en conclure qu'il n'y a pas eu dépôt, mais une simple obligation littérale. Pour défendre l'existence d'un contrat littéral fondé sur le chirographe *de mutuo*, on pourrait encore dire que, après deux ans, ce chirographe fait foi absolue; il n'admettrait plus la preuve contraire[7]. Si effectivement il en était ainsi, il faudrait en conclure non pas qu'il existe dans l'espèce un contrat littéral, mais que, après deux ans, la loi attache une autorité si grande au chirographe *de mutuo* que le prêt est absolument établi et placé à l'abri de toute contestation. Mais, à notre avis, le chirographe *de mutuo* qui a acquis deux ans de date, peut encore être combattu par la preuve contraire; nous nous référons à cet égard à la théorie du prêt de consommation[8]. Il est certain que l'opinion de Justinien sur le caractère juridique du chirographe *de mutuo* n'a pas force de loi; elle ne constitue pas une règle de droit; elle n'a qu'une valeur doctrinale. L'erreur de Justinien provient de ce qu'il a suivi d'une manière inconsidérée les Institutes de Gaius; il a voulu créer dans ses Institutes un titre pour les obligations littérales, par analogie de celles expliquées par Gaius[9].

chirographe *de deposito*, qu'on cite parfois encore ici (Schilling, III, § 286, 2°), il exclut dès le principe l'*exceptio non numeratae pecuniae;* C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 14 § 1.

(5) I. *h. t.* « Sic fit, ut et hodie, dum quod non potest, scriptura obligetur.. ».

(6) Une observation analogue est applicable aux chirographes *de dote* et *de deposito*. — (7) Arg. C. 4, 30, *de non numer. pec.*, L. 8 § 2, L. 14 pr. i. f. et § 3.

(8) T. IV, § 441.

(9) Voyez en ce sens Unterholzner, cité, I, § 37, 9, Thibaut, I, § 488, Savigny, *System* V, *Beilage* XIV, n° IX i. f., Gneist, *Die formellen Verträge*,

III. DIVISIONS DES CONVENTIONS.

Le droit romain connaît des contrats et des pactes (§ 365), des conventions à titre onéreux et des conventions à titre gratuit (§ 366), des conventions bilatérales et des conventions unilatérales (§ 367), des conventions de bonne foi et des conventions de droit strict, selon que les obligations qui naissent de la convention, sont de bonne foi ou de droit strict; T. III, § 330-332.

§ 365. DES CONTRATS ET DES PACTES.

LANGSDORF, *De pactis et contractibus Romanorum*, Mannheim, 1772, aussi par extraits en langue allemande, dans HUGO, *Civilistisches Magazin*, avec des notes de HUGO, T. I, n° 18, Berlin, 1810.

JAEGER, *De origine et progressu discriminis contractuum et pactorum apud Romanos*, Marbourg, 1827.

NAMUR (J.). *Des pactes ajoutés aux contrats de bonne foi*, p. 3-19, Liège, 1883.

I. *Notion des contrats et des pactes*[1]. Les contrats (*contractus*) sont des conventions qui, déjà à l'époque classique, produisaient une obligation civile par elles-mêmes et en vertu du droit civil proprement dit[2]. Les pactes (*pacta*) sont des conventions qui créent une simple obligation naturelle, ou bien qui créent seulement une obligation civile, soit à titre d'accessoires d'un autre contrat, soit en vertu du droit prétorien ou de constitutions du Bas-Empire[3]. D'après cela le contrat réunit quatre caractères; à défaut de l'un d'eux, la convention appartient à la catégorie des pactes.

p. 388-398, PUCHTA, *Pand.*, § 305 et note q, SCHLESINGER, cité, p. 67-79, KELLER, § 298 i. f., ARNDTS, § 232, *Anm.* 4, c, WINDSCHEID, II, § 312, note 2 i. f., et BARON, § 231 i. f. Cf. GOESCHEN, II (2), § 477, p. 295-296.

Contra SCHILLING, III, § 286 et *Erinnerung*, KOCH, cité, III, § 254, n° II initio, BAEHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, § 36-37, et ORTOLAN, III, n°s 1433 à 1440.

MAYNZ, II, § 248 et note 8, admet, sinon un contrat littéral, au moins une obligation littérale; cf. NAMUR, II, § 312, 2. Mais s'il existait ici une obligation littérale, celle-ci dériverait de la rédaction de l'écrit *par le commun accord des parties*, donc d'un contrat; SCHILLING, III, § 286, *Erinnerung*.

(1) Dans le sens large les mots *contractus* et *pacta* sont synonymes et équivalent à *conventio*; cf. T. III, § 357, 1°. Dans l'ancien droit civil, le mot *pactum* paraît avoir été employé de préférence pour désigner une convention quelconque; CIC., *de invent.* II, 22; AUCTOR *ad Herennium* II, 13. Plus tard, à la suite du développement des conventions civilement obligatoires, on sépara plus nettement les termes *conventio*, *contractus* et *pacta*. Cf. SCHILLING. III, § 250 initio.

(2) Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 25 § 1. — (3) Cf. C. 2, 3, *de pact.*, L. 10.

1° Le contrat est une convention produisant une obligation civile. La convention qui ne donne lieu qu'à une obligation naturelle, est un simple pacte(4).

2° Le contrat est une convention produisant une obligation civile par elle-même. Il y a des conventions qui donnent seulement lieu à une obligation civile à raison d'un autre contrat, dont elles forment une dépendance; ce sont les pactes accessoires(5).

3° Le contrat est une convention produisant une obligation civile en vertu du droit civil proprement dit. Les conventions auxquelles cette obligation a été attachée par le droit prétorien, sont des pactes prétoriens(5).

4° Le contrat est une convention déjà civilement obligatoire à l'époque classique. Les conventions qui ne devinrent civilement obligatoires qu'en vertu de constitutions du Bas-Empire, sont des pactes légitimes(5).

Cette notion des contrats et des pactes résulte d'une manière certaine de l'histoire des conventions en droit romain(6). L'antithèse a avant tout une base historique, en même temps qu'elle se rattache à la force obligatoire des conventions(7).

II. *Subdivisions des contrats.* Les contrats sont consensuels,

(4) Cf. § 361, 3°. — (5) Cf. § 361, 2°.

(6) On n'est pas admis à objecter que le contrat emphytéotique date seulement de l'empereur Zénon (C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 1); il était déjà reconnu à l'époque classique, comme une variété des contrats de vente et de louage; Gaius, III, 145; I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 3. Quant au *contractus suffragii*, qui date des empereurs Théodose II, Arcadius et Honorius (C. 4, 3, *de suffragio*, L. un.), c'est une application du principe classique des contrats innomés; cf. la note 44 du présent paragraphe. Enfin si, malgré l'absence de la forme de la stipulation, la promesse de payer les intérêts d'un capital emprunté était déjà parfois munie d'une action à l'époque classique en vertu du droit civil proprement dit, cette promesse s'appelait *pactum* et non *contractus*, parce qu'elle produisait seulement une action comme un accessoire du *mutuum*; voyez la note 68 du présent paragraphe.

(7) Walter, 1re éd., p. 617-621, enseigna que le trait caractéristique des contrats était la réciprocité des prestations, sauf qu'il rangeait aussi parmi les contrats les conventions qui n'avaient pas ce caractère si elles étaient civilement obligatoires dès les temps les plus reculés. Il modifia plus tard quelque peu son opinion; 2e éd., T. II, § 564-568, 3e éd., T. II, § 596-601. Maynz, II, § 207 et Observation, reprit la doctrine primitive de Walter, en écartant le tempérament que celui-ci y avait apporté. D'après Maynz, le contrat se caractérise par la réciprocité des prestations ou de l'intérêt. Il importe de remarquer que ces deux idées ne se confondent pas; la donation modale, le *mutuum* gratuit, le commodat et le dépôt contiennent une réciprocité de prestations, mais non une réciprocité d'intérêt. Pour Maynz la notion décisive est celle de l'intérêt réciproque (T. II, § 207, notes 6 et 8 initio); le contrat serait une affaire (note 6). Cela n'empêche pas l'auteur de faire aussi consister le contrat dans la réciprocité des prestations (§ 207 initio et note 8); il profite de cette

verbaux ou réels[8]; le droit de Justinien ne connaît plus de contrats littéraux[9]. Cette division est relative à la perfection des contrats. Tous exigent pour leur perfection le consentement des parties; sans ce consentement un contrat ne se conçoit point[10]. Mais cette condition n'est pas toujours suffisante; il faut parfois autre chose pour que le contrat existe.

1° Les contrats consensuels (*consensu obligationes*)[11] sont ceux qui se parfont par le seul consentement des parties; *solo consensu contrahitur obligatio*[12]. Aucune autre condition n'est requise; il ne faut ni un consentement donné de vive voix, ni une prestation déjà effectuée, ni la rédaction d'un écrit[13]. Le droit romain ne connaît que cinq contrats de cette espèce : la vente, le louage, le mandat, la société et le contrat emphytéotique[14].

confusion pour la défense de son système. A celui-ci s'opposent les considérations suivantes :

1° La stipulation, les anciens *nomina transscripticia*, le *mutuum* gratuit, la donation modale exécutée, le commodat, le dépôt et le mandat sont des contrats qui n'interviennent que dans l'intérêt d'un seul des contractants. Vainement Maynz objecte-t-il que la stipulation dérive de la mancipation, qui était une opération réciproque. La stipulation descend plutôt des conventions verbales ajoutées à la mancipation (T. III, § 359, 1° initio); or ces conventions n'impliquaient pas la réciprocité des prestations ou de l'intérêt. Maynz argumente de la réciprocité des prestations dans le *mutuum*, dans le commodat et dans le dépôt; il devrait justifier d'un intérêt réciproque, ce qui est impossible. L'auteur se fonde sur ce que les *nomina transscripticia* dérivent du *nexum*, c'est-à-dire du prêt d'argent accompagné du *nexum*; mais le prêt d'argent gratuit n'est pas une opération d'un intérêt réciproque. Pour le mandat Maynz est réduit à affirmer que ce contrat renferme *virtuellement* dès l'origine un intérêt réciproque.

2° Le compromis et les conventions relatives à des contrats innomés tels que l'échange, le partage, la transaction et la dation d'arrhes, sont des pactes qui intéressent les deux contractants. Maynz est forcé de le reconnaître pour la convention d'échange et, en définitive, aussi pour le partage, la transaction et le compromis, peu importe que les obligations naissant du partage et de la transaction aient un caractère accidentel et que le compromis soit subordonné à l'acceptation de l'arbitre. L'auteur conteste sans aucun motif la convention relative à une dation d'arrhes.

Non obstant D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2, et D. 50, 16 *de V. S.*, L. 19 i. f. Le premier passage se borne à dire qu'une prestation faite en vue d'une prestation réciproque constitue un contrat (réel innomé) et, si le second identifie le contrat avec la réciprocité des prestations, il ne le fait que pour la vente, le louage et la société.

Voyez en ce sens, du moins d'une manière générale, SCHILLING, III, § 250 initio et *Erinnerung*, SINTENIS, II, § 96, *Anm.* 3 initio, et ORTOLAN, III, n° 1203.

(8) Cf. I. 3, 13, *de obligat.*, § 2 i. f. — (9) Cf. le paragraphe précédent.

(10) D. 2, 14, *de pact.*, L. 1 § 3 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 55.

(11) Rubrique I. 3, 22, *de consensu obligatione*; cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 35.

(12) I. 3, 13, *de obligat.*, § 2 i. f.; I. 3, 22, *de cons. obligat.*, pr. et § 1-2.

(13) I. *eod.*, § 1.

(14) I. *eod.*, pr., cbn. avec I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 3 i. f., et C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 1. Voyez cependant T. II, § 215, note 5 i. f., et T. IV, § 416, note 30.

2° Les contrats verbaux (*verborum obligationes*)[15] sont ce qui se parfont seulement par des paroles; *verbis contrahi obligatio*[16]; les parties doivent consentir de vive voix[17]. seul contrat verbal du droit de Justinien est la stipulatio mais c'est une forme générale de contracter, susceptible d'ê appliquée à une convention quelconque[18]. Comme tout cont verbal, la stipulation exige un consentement manifesté de v voix[19]; il faut de plus une question du créancier et une répo du débiteur[20].

3° Les contrats réels (*rei obligationes*)[21] sont ceux qui ne parfont que par une prestation de la part de l'un des contractan *re contrahitur obligatio*[22]. Pour que le contrat réel existe faut, outre le consentement, une prestation effectuée par l'un contractants, la livraison d'une chose ou la prestation d'un fait C'est ainsi que le prêt est seulement parfait par la remise d chose qu'il s'agit de prêter. La promesse de prêter, malgré le c sentement des parties, n'est pas un prêt; ses effets sont différen elle oblige exclusivement le futur prêteur[24], tandis que le contrat prêt oblige principalement l'emprunteur[25]. La promesse de pr n'est d'ailleurs qu'un simple pacte, à moins d'avoir été revêtue d forme de la stipulation[26]. De même l'échange n'est parfait que la remise de l'une des choses qu'il s'agit d'échanger; la convent d'échange ou, comme disent les modernes, le *pactum de permutando* n'est pas un échange, une *permutatio;* ses effets s différents; il oblige les deux parties, tandis que l'échange ob seulement l'*accipiens*. De plus, la convention d'échange comme t est un simple pacte[27]. — Les contrats réels sont nommés innomés, selon qu'ils produisent une action spéciale ou l'ac générale *praescriptis verbis*[28]. La première catégorie compr seulement quatre espèces : le prêt de consommation[29], le pré usage[30], le dépôt[31] et le contrat de gage[32]. Tous les au

(15) Rubrique I. 3, 15, *de verborum obligatione.* — (16) I. *eod.*, pr. initio.

(17) I 3, 19, *de inut. stipul.*, § 12 initio.

(18) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 5 pr., v^is Conventionales sunt..... contracto

(19) I. 3, 15, *eod.*, pr. initio. — (20) Pr. initio cit., cf. § 1.

(21) Gaius, III, 131, où toutefois l'expression " *rei*... obligatio „ n'est pas a lument certaine; le manuscrit porte " *re*, non litterarum obligatio consistit.

(22) I. 3, 13, *de obligat.*, § 2 i. f.; 1. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*

(23) C'est en ce sens large qu'on doit entendre la règle que le contrat se parfait par la remise de la chose : *re contrahitur obligatio.*

(24) Arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 30. — (25) Cf. T. IV, § 442 et 444.

(26) Arg. C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 3. — (27) L. 3 cit.

(28) Cf. § 363, 2° i. f. (29) I. 3, 14, *quib. mod. re contr. oblig.*, pr. initio.

(30) I. *eod.*, § 2 initio. — (31) I. *eod.*, § 3 initio. — (32) I. *eod.*, § 4 initio.

ntrats réels sont innomés[33]; les espèces les plus diverses appar-
ennent à cette catégorie; toute prestation faite en vue d'une
estation réciproque constitue un contrat réel innomé, à part les
eux prêts, le dépôt et le contrat de gage. La prestation qui donne
issance au contrat, peut consister dans la remise d'une chose ou
ns un fait de l'homme, et la prestation réciproque peut présenter
même variété d'objet; de là des contrats réels innomés sous les
atres formes : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias*, *facio
t des*[34]. Le principe des contrats réels innomés offre cette grande
ilité qu'il permet de rendre civilement obligatoires tous les pactes
mples, s'ils sont synallagmatiques. Du moment qu'un pacte simple
blige les deux parties contractantes, il est loisible à chacune d'elles
convertir la convention en un contrat réel innomé en exécutant
n obligation; de cette façon elle se crée le droit de poursuivre en
stice l'exécution de l'obligation réciproque du cocontractant[35].
ce point de vue, les contrats réels innomés remplissent un rôle
nalogue à celui de la stipulation[36]. Tel sont l'échange[37], le contrat
timatoire[38], le précaire[39], la dation d'arrhes[40], la donation

(33) GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht*, n° 3, Heidelberg, 1819. — POEHLS,
rsuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten, Heidel-
rg, 1821. — ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole ac natura*, Goet-
ngue, 1835. — VON DER PFORDTEN, *Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte*,
III, § 3-6, Erlangen, 1840. — ACCARIAS, *Théorie des contrats innomés et
plication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866.

(34) D. 19, 5; *de praescr. verb.*, L. 5 pr. i. f.; cf. § 363, note 20. La prestation
ciproque peut certainement consister dans un fait négatif, dans un *non facere*
). 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 3 pr. initio et § 1 initio) et on ne voit aucun
otif qui empêche la prestation originaire, celle qui fonde le contrat, d'avoir le
ême objet. Dès que l'abstention existe, soit par suite du décès de la partie qui
evait s'abstenir (C. 2, 4, *de transact.*, L. 6), soit par l'expiration d'un délai pen-
ant lequel on devait s'abstenir, soit autrement, le contrat réel innomé se forme.
n ce sens ACCARIAS, cité, p. 20-21, et MAYNZ, II, § 243, note 26 i. f. Cf. SCHILLING,
I, § 324, note z.

La prestation réciproque peut aussi consister dans la restitution de la chose
çue; le précaire nous en fournit la preuve; D. 43, 26, *de prec.* L. 2 § 2. Voyez
ncore D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 1 § 2, L. 17 pr,, § 2 et 5. En ce sens POEHLS,
té, § 12, I i. f., SCHILLING, III, § 324 et note r, et MAYNZ, II, § 243, note 28 i. f.
ontra VON DER PFORDTEN, cité, p. 286-287.

Pour que le contrat réel innomé se forme, il faut que la prestation de l'une
es parties soit faite en faveur de l'autre; cette condition n'existait pas dans
espèce du D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 16 § 1; MAYNZ, II, § 243 et note 24.

(35) Arg. D. 2, 14, *de pact.*, L. 45, C. 2, 3, *eod.*, L. 21, et C. 3, 38, *comm utr. jud.*,
L. 7. — (36) Cf. le n° III, 2°, de ce paragraphe.

(37) Arg. D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1 § 2.

(38) Arg. D. 19, 3, *de aestimat.*, L. 1 pr. — (39) Arg. D. 43, 26, *de prec* L. 2 § 2.

(40) Arg. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 5 initio.

modale[41], la transaction[42], le partage conventionnel[43], etc.[44]. Tous les contrats réels innomés donnent lieu à deux actions[45]. L'une tend à l'exécution du contrat[46]; c'est l'action *praescriptis verbis*[47], appelée encore *in factum civilis actio*[48], *civilis incerti actio*[49], etc.[50]. L'autre a pour but de faire rescinder le contrat

(41) Arg. C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 9. — (42) Arg. C. 2, 4, *de transact.*, L. 6 §
(43) Arg. C. 3, 38, *comm. utr. jud.*, L. 7.

(44) Citons encore le contrat appelé par les modernes *contractus suffragii*, u triste création de Théodose II, Arcadius et Honorius; C. 4, 3, *de suffragio*, L. u Il suppose que deux personnes se sont engagées, l'une à intercéder auprès l'empereur pour l'autre, et celle-ci à payer de ce chef une certaine rémunérati à la première. Le contrat réel innomé arrive à l'existence, soit par l'intercessio soit par le payement de la rémunération promise, sauf qu'il est nul s'il a po objet l'obtention d'une fonction publique; Nov. 8, c. 1. Voyez Goeschen, II (§ 493, Schilling, III, § 250, note f, et Maynz, II, § 244, note l initio. Cf. Erxleb cité, § 30. — (45) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5 § 1. — (46) L. 5 § 1 cit. initio.

(47) D. *cod.*, L. 2; C. 2, 4, *de transact.*, L. 6 § 1. Cf. § 363, 2° i. f.

(48) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 1 § 1-2. Le nom de *in factum civilis ac* s'explique comme suit : la *praescriptio* est au fond une *demonstratio* conçue *factum* (cf. § 363, 2° i. f.); de là le nom d'*actio in factum*. Mais il faillait sépa cette action *in factum* de l'action *in factum* prétorienne; elle avait une formu *in jus concepta*, une *intentio juris civilis* portant sur un *dare* ou sur un *dare face oportere* (cf. Gaius, IV, 45), tandis que l'action *in factum* prétorienne avait u formule *in factum concepta*; l'*intentio*, au lieu de porter sur un *dare* ou sur un *da facere oportere*, se fondait purement et simplement sur la *demonstratio* (Gaius, I 46); de là l'appellation de *civilis actio*. En ce sens Savigny, *System* V, § 21 p. 96-98, et Maynz, II, § 243 et note 19. Cf. Accarias, cité, p. 66-68.

(49) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2 i. f.; D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 16 pr. L'épithè *civilis* fait allusion à l'*intentio juris civilis* et le mot *incerti* s'explique p l'*intentio incerta* " *quidquid ob eam rem dare oportet vel dare facere oportet* » l'action *praescriptis verbis*; D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 6 " civili intentio incerti agendum est „. En ce sens Savigny, *System* V, § 217, p. 98, Maynz, I § 243, p. 333, et l'opinion commune.

D'après quelques auteurs (Schilling, III, § 324 et note x. — Accarias, cit p. 68-70), la dénomination d'*incerti* serait due à la nature des contrats innomé qui sont eux-mêmes des *contractus incerti*. Mais il est plus naturel de rapporter à l'objet de l'action, comme dans les locutions usuelles de *condict certi* et de *condictio incerti*, plutôt qu'au contrat qui lui sert de base. Accari croit trouver dans le D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 9 pr. initio, la preuve que les co trats innomés s'appelaient à Rome *contractus incerti*; cf. Savigny, *System* V *Beilage* XIV, n° XXIII et note c. Ce fait est si peu concluant, au point de vu de la qualification de l'action, qu'il résulte du texte invoqué que les *contracti* INCERTI peuvent donner lieu à une *condictio* CERTI; Certi condictio competit sive ex certo contractu petatur sive ex incerto.

(50) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 13 § 1 i. f., L. 24 i. f.; C. 4, 64, *de rer. permut* L. 6. Quelques textes qualifient encore l'action de *condictio*; D. 12, 4, *de cond. d. c. n. s.*, L. 3 § 4; D. 43, 26, *de prec.*, L. 19 § 2; ce mot est alors pris dans le sen large comme synonyme d'*actio in personam*; Gaius, IV, 105. Voyez Schilling, II § 325 et note a.

pour cause d'inexécution des obligations du cocontractant et, comme conséquence, d'obtenir la restitution de la chose payée[51]; on l'appelle *condictio causa data causa non secuta*[52] ou *condictio ob causam datorum*[53]. C'est une règle propre aux contrats innomés; à l'occasion des autres contrats, l'inexécution des obligations de la partie adverse n'autorise pas d'une manière aussi générale à poursuivre la résolution du contrat[54]. Avant la reconnaissance des contrats innomés, celui qui avait fait une prestation en vue d'une prestation réciproque, disposait seulement de la *condictio causa data causa non secuta* contre le cocontractant qui se refusait à remplir ses engagements[55] et cette action en répétition fut maintenue plus tard après la création de l'action *praescriptis verbis*. Mais la *condictio causa data cousa non secuta* est subordonnée à l'inexécution coupable des obligations du cocontractant; l'auteur de la prestation qui a donné naissance au contrat, ne peut se désister de celui-ci par sa volonté unilatérale; il n'a pas le *jus poenitendi**, comme nous le démontrerons plus loin[56]. Lorsque la prestation réciproque est devenue impossible par suite d'un accident et qu'elle avait pour objet la jouissance d'une chose ou des services, il peut seulement répéter par une *condictio sine causa* la prestation qu'il a effectuée lui-même, conformément aux règles sur les risques et périls dans les obligations[57]. A la différence de l'action *praescriptis verbis* et bien que les contrats innomés soient de bonne foi, la *condictio causa data causa non secuta*, comme toutes les *condictiones* dans le sens restreint de ce mot, est de droit strict; elle n'a pas pour fondement le contrat réel innomé, qu'elle précéda historiquement, mais le quasi-contrat résultant d'une prestation induc[58].

III. *Subdivisions des pactes*. Les pactes sont confirmés ou simples.

1° Les pactes confirmés (*pacta vestita**)[59] sont ceux qui pro-

(51) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5 § 1 i. f., L. 7.

(52) D. 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.* Dans cette expression les mots *causa non secuta* forment un ablatif absolu, *data* est un accusatif pluriel complément direct de *secuta*, et *causa* un ablatif équivalant à *ex causa* ou *ob causam*; arg. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5 § 1 i. f., et C. 4, 6, *ob caus. dat*, L. 5 i. f. L'expression complète équivaut donc à *condictio causa non secuta res datas ob causam*. Voyez SCHILLING, III, § 325, note f.

(53) C. 4, 6, *de cond. ob caus. dat.* Le mot *datorum* dépend de *condictio*, *ob causam* dépend de *datorum*, et il faut suppléer par la pensée les mots *causa non secuta*; arg. C. *eod.*, L. 5 i. f. — (54) Cf. T. III, § 386, I. — (55) Cf. § 363 initio.

(56) Cf. § 383, I, 5°. — (57) Cf. T. III, § 299, IV, 3°.

(58) Cf. T. IV, § 490, II.

(59) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 15 « conventio ista *non* est *nuda*.. ».

duisent une obligation civile[60]. Ils sont de trois espèces : légitimes, prétoriens ou accessoires (*legitima**[61], *praetoria**[62] ou *adjecta**)[63], selon qu'ils ont été reconnus par des constitutions du Bas-Empire[64], par le droit prétorien ou bien à titre d'accessoires d'un autre contrat. Les pactes légitimes sont la donation[65], la constitution de dot[66] et, en un certain sens, le compromis[67] et la promesse de payer les intérêts d'un capital emprunté[68]. Ils donnent lieu à

(60) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 5 initio.

(61) Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 6 « *Legitima conventio* est quae lege aliqua confirmatur.. ».

(62) Cf. D. *eod.*, L. 17 § 2 « De pignore *jure honorario* nascitur ex *pacto* actio.. ».

(63) Cf. D. *eod.*, L. 7 § 5 « solemus enim dicere *pacta conventa* inesse bonae fidei judiciis.. ». — (64) Cf. les notes 65 à 68.

(65) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 35 § 5^b à § 5^d; I. 2, 7, *de donat.*, § 2 initio; Nov. 162, c. 1 pr. et § 1. Si, au Code 4, 21, *de fide instrument.*, L. 17 pr. initio, Justinien parle de *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum*, il emploie le mot *contractus* dans le sens large comme synonyme de *conventio*. Il est même impossible que, dans cette constitution de l'an 528, il ait envisagé comme un contrat consensuel la donation qu'il ne rendit civilement obligatoire en vertu du seul consentement des parties que par une loi de l'an 530; L. 35 cit. D'autre part si, dans les Institutes 2, 7, *de donat.*, § 2 initio, la donation est comparée à la vente (*ad exemplum venditionis*), c'est en ce sens qu'elle est parfaite par le seul consentement (*ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori*).

(66) C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 6.

(67) Le compromis produit une action en faveur de la partie victorieuse si la sentence arbitrale a été confirmée par la signature des parties ou par leur silence prolongé pendant dix jours; C. 2, 55 (56), *de recept.*, L. 5 pr., § 1 et 2 initio (pr.), L. 4 § 6-7; cf. T. IV, § 463, I, 1°. Tout en étant soumise à ces conditions spéciales, l'action n'en a pas moins pour base principale la convention des parties. Schilling, III, § 345, 6°. Contra Maynz, II, § 250 et 252.

(68) Cette promesse est munie d'une action s'il s'agit soit d'un prêt de choses autres que de l'argent (C. 4, 32, *de usur.*, L. 11 (12)), soit d'un prêt à la grosse, tel que le *faenus nauticum* (D. 22, 2, *de naut. faen.*, L. 5 § 1, L. 7), soit d'un prêt fait par une ville (D. 22, 1, *de usur.*, L. 30), un banquier ou un changeur; Nov. 136, c. 4. Nous admettons l'existence d'un pacte légitime en ce qui concerne les banquiers et changeurs, parce que, dans l'espèce, ce fut une constitution de Justinien qui créa l'action. Mais, dans les autres cas, le pacte relatif aux intérêts produisait déjà une action à l'époque classique, indépendamment du droit prétorien et même du droit impérial; car le rescrit d'Alexandre Sévère pour les prêts de choses autres que de l'argent (C. 4, 32, *de usur.*, L. 11) ne faisait, comme la généralité des rescrits, que consacrer une règle déjà existante; cf. T. I, § 3, I, 2°, *d.* Dès lors le caractère accessoire du pacte peut seul justifier la concession d'une action; il y a ici un *pactum adjectum** produisant exceptionnellement une action (une action *in factum*), bien qu'il fût ajouté à un contrat de droit strict. Les auteurs admettent encore dans ces cas un pacte légitime (Schilling, III, § 345, 2, cbn. avec § 266 i. f. — Maynz, II, § 252 et note 3), bien que ces conventions consensuelles ne soient sanctionnées par aucune loi; cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 6. Aussi Schilling (III, § 345 initio) propose-t-il

une *condictio ex lege*(69), sauf concession d'une action spéciale(70). Les pactes prétoriens sont la convention d'hypothèque(71), le constitut(72), la convention relative à un serment extrajudiciaire(73) et l'acceptation des fonctions d'arbitre(74). On peut en poursuivre

de remplacer l'expression de *pacta legitima* par celle de *pacta civilia*. Mais cette dernière terminologie n'a aucune base dans nos sources et elle n'explique pas pourquoi des conventions déjà reconnues à l'époque de Scaevola, d'Ulpien et de Paul n'auraient pas reçu la dénomination de *contractus;* d'après nous le motif est qu'elles n'étaient pas obligatoires par elles-mêmes, mais seulement comme des accessoires du *mutuum*.

Schilling (III, § 345, 5) et Maynz (II, § 252 initio) rangent parmi les pactes légitimes les conventions faites sur une succession future avec le consentement du *de cujus;* arg. C. 2, 3, *de pact.*, L. 30. Mais comment la loi romaine, qui annule en général les pactes successoires, leur accorderait-elle une faveur quand le *de cujus* y a consenti? Ce consentement rend le pacte valable, mais d'après le droit commun des conventions; il vaudra comme vente, comme convention d'hypothèque, comme donation, comme stipulation, mais pas autrement; arg. L. 30 § 4 cit.

La qualification de pacte légitime est encore moins justifiée pour le pacte relatif à la constitution d'une servitude; car, d'après nous, il ne crée pas le droit réel de servitude; il n'en résulte ni une action réelle, ni une action personnelle. Contra Schilling, III, § 345, 1.

(69) Arg. D. 13, 2, *de cond. ex lege*, L. un. " Si obligatio lege nova introducta " sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum " est „. Cf. Nov. 162, c. 1, § 1, vis per condicticiam ex lege.

(70) C'est ainsi que le compromis est garanti par une action *in factum*; C. 2, 55 (56), *de recept.*, L. 5 pr. i. f. (L. 5 pr. initio), L. 4 § 6.

(71) I. 4, 6, *de action.*, § 7 initio. La convention d'hypothèque crée plus qu'un droit réel; elle donne lieu à certaines obligations; cf. T. II, § 270, 1° initio, et § 271, I, 3°. — (72) I. 4, 6, *de action.*, § 9.

(73) Arg. I. *eod.*, § 11. Sans doute, pour que cette convention soit productive d'une action, il est indispensable que la partie à laquelle le serment a été déféré, l'ait prêté. Mais il n'en est pas moins vrai que, sous cette condition, c'est la convention qui constitue avant tout le fondement de la poursuite En ce sens Schilling, III, § 335 et notes k et l. Contra Maynz, II, § 250 initio.

(74) D. 4, 8, *de recept.*, L. 3 § 1, L. 15 initio. L'acceptation des fonctions d'arbitre réunit tous les caractères de l'acceptation d'un mandat. Seulement, comme le mandataire peut se désister du mandat par sa simple volonté, sauf d'une manière intempestive, il fallait donner contre l'arbitre une action spéciale, qui est soumise d'ailleurs aux règles de l'*actio mandati directa*; notamment elle peut amener une condamnation de l'arbitre à des dommages et intérêts envers les parties compromettantes; D. 4, 8, *de recept*, L. 32 § 12 " Si arbiter sese celare temptaverit, " praetor eum investigare debet, et si diu non paruerit, *multa adversus eum* " *dicenda est* „. On a contesté que l'arbitre pût encourir une pareille condamnation (Schilling, III, § 341 initio. — Maynz, II. § 250 et 257, p 412), parce que, faute de savoir comment il aurait rendu la sentence, il serait impossible de déterminer l'intérêt de chaque contractant et l'on a repoussé dans l'espèce l'existence d'un pacte prétorien; Maynz, II, § 250; cf. Schilling, III, § 335. Mais l'impossibilité d'estimer les dommages et intérêts dus par l'arbitre aux parties compromettantes n'est pas établie; le juge peut très bien évaluer *ex bono et aequo*

l'exécution par une action *in factum*(75), toutes les fois qu'il n'a pas été établi d'action spéciale, comme pour le constitut, qui produit l'*actio de pecunia constituta*(76). Quant aux pactes accessoires, dont le nombre est illimité, leur théorie sera exposée à la fin de celle des conventions(77).

2° Les pactes simples (*pacta nuda*) sont ceux qui ne produisent qu'une obligation naturelle(78). Mais ils deviennent civilement obligatoires de deux manières. D'abord les parties peuvent les revêtir de la forme de la stipulation(79); celle-ci étant essentiellement unilatérale, deux stipulations sont indispensables dans le cas d'un pacte synallagmatique(80). Ensuite, s'il s'agit d'un pacte de la dernière espèce, chaque partie peut le convertir en un contrat réel innomé, en exécutant son obligation(81).

l'intérêt qui s'attache à une sentence prononcée par un arbitre honnête et capable; cf. § 371, 1°. Dans tous les cas, on reconnaît que l'acceptation de l'arbitre oblige celui-ci pour autant que sa nature le permette; cela suffit pour qu'on doive la considérer comme un pacte prétorien. En ce sens MÜHLENBRUCH, II, § 433, 3, b, et 4 initio.

On a encore qualifié de pactes prétoriens le *receptum nautae, cauponis et stabularii* et l'acceptation des fonctions d'arpenteur; SCHILLING, III, § 335. Mais, dans le premier cas, il y a un quasi-contrat et non une convention; aucun consentement n'est nécessaire de la part du débiteur; cf. T. IV, § 479. Dans le second cas, l'obligation de l'arpenteur se fonde sans doute sur une convention; mais cette convention est un quasi-louage de services; si on ne lui donnait pas le nom de louage et si on remplaçait l'*actio locati* par une *cognitio extraordinaria*, c'est uniquement parce que les services de l'*agrimensor* étaient réputés des *operae liberales** et que l'idée d'une location de pareils services répugnait aux Romains; cf. T. IV, § 421, I, 2°.

Enfin on a voulu faire admettre comme pactes *édilitiens* les pactes relatifs à la garantie des vices de la chose vendue; SCHILLING, III, § 335 i. f. A notre avis, ce sont des pactes accessoires qui, par dérogation à la règle générale, peuvent précéder ou suivre le contrat de vente; D. 2, 14, *de pact.*, L. 31; D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 19 § 6, L. 20; C. 4, 58, *de aedil. act.*, L. 3 § 1; cf. T. IV, § 467, note 15 i. f.

(75) C. 4, 1, *de reb. cred. et de jurejur.*, L. 8.

(76) I. 4, 6, *de action.*, § 9. De son côté la convention d'hypothèque est garantie par l'action Servienne ou quasi-Servienne; I. 4, 6, *de action.*, § 7 initio. Mais les obligations naissant de la convention sont poursuivies par une action *in factum*; MAYNZ, II, § 250 i. f. — (77) T. IV, § 467-471*c*.

(78) PAUL, II, 14, § 1; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 4, L. 45; C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 3.

(79) PAUL, II, 2?, § 2 " Omnibus pactis stipulatio subici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit ".

(80) Cf. D. 17, 2, *pro socio*, L. 71 pr., vis Respondit, si quidem..... videretur.

(81) Arg. D. 2, 14, *de pact.*. L. 45, C. 2, 3, *eod.*, L. 21, et C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 7. On doit s'étonner que la division des pactes en pactes confirmés et pactes simples ait été repoussée par UNTERHOLZNER (cité, I, § 14); d'après l'auteur, tous les pactes seraient des *nuda pacta*. Si les pactes accessoires donnent lieu à une action, celle-ci serait un produit du contrat principal et non du pacte. La convention d'hypothèque ne formerait pas une véritable exception à la règle, parce

§ 366. DES CONVENTIONS A TITRE ONEREUX ET DES CONVENTIONS A TITRE GRATUIT.

Bien que cette division ne soit pas directement indiquée dans nos sources(1), elle n'en a pas moins une importance considérable dans plusieurs théories(2).

1° Les conventions à titre onéreux sont celles où chaque partie contracte en vue d'un équivalent à fournir par le cocontractant(3). A cette catégorie appartiennent entre autres la vente(4), le louage(4), la société(4), le contrat emphytéotique, le contrat de gage(5) et le prêt de consommation avec stipulation d'intérêts(6). Si le vendeur contracte, c'est en vue du prix, qu'il considère comme l'équivalent de la chose vendue. Si l'acheteur contracte, c'est en vue de cette chose, qui, dans sa pensée, équivaut au prix. De même, si quelqu'un prête à intérêt, c'est en vue de la restitution du capital et du payement des intérêts; ceux-ci équivalent à l'usage du capital. Si l'emprunteur promet de rendre le capital avec les intérêts, c'est parce qu'il trouve un équivalent dans la remise et dans la jouissance du capital. Les conventions à titre onéreux sont commutatives ou aléatoires, selon que l'équivalent en vue duquel on contracte, est certain ou incertain, c'est-à-dire conforme au cours ordinaire des événements ou bien dépendant de circonstances accidentelles(7). La vente est généralement commutative; mais elle est

qu'elle n'aurait pas pour objet la création d'un rapport obligatoire. Les autres pactes confirmés seraient des contrats. Autant de propositions, autant d'erreurs. L'action qui garantit les pactes accessoires, est un produit du pacte et non un produit du contrat principal, peu importe qu'elle garantisse aussi ce dernier. La convention d'hypothèque établit des obligations entre parties; cf. T. II, § 270, 1° initio, et § 271, I, 3°. L'existence de pactes confirmés autres que les pactes accessoires et la convention d'hypothèque est attestée par le D. 2, 14, *de pact.*. L. 6 " interdum ex pacto actio nascitur.., quotiens lege vel senatus consulto " adjuvatur „. Voyez au reste les notes 65, 66, 67, 72, 73 et 74 du présent paragraphe.

(1) Voyez cependant le D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2, v^is^ nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, et v^is^ utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, le D. 43, 26, *de prec.*, L. 14 " magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio, L. 1 § 1, et le D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 15 " sed habet in se negotium aliquod.. „, L. 22 " locationis conductionisque negotium " geritur.. „. — (2) Cf. le n° 2 du présent paragraphe.

(3) Textes de la note 1. — (4) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 i. f.

(5) du moins si le gage est donné par le débiteur; cf. D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 i. f., et T. III, § 295, 2°.

(6) Il en est de même de presque tous les contrats réels innomés; mais la donation modale est une convention de bienfaisance.

(7) Cf D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 8 § 1 " cum quasi alea emitur.. „.

aléatoire si elle a pour objet un coup de filet[8], des fruits à naître[9] ou des prétentions héréditaires[10]. — Les conventions à titre gratuit ou de bienfaisance[11] sont celles par lesquelles l'une des parties veut faire une libéralité à l'autre. Ont ce caractère la donation, la constitution de dot dans le sens qui sera précisé plus loin[12], le mandat, le dépôt[13], le prêt de consommation sans stipulation d'intérêts, etc. Il n'est pas de l'essence de la convention à titre gratuit que l'auteur de la libéralité soit seul obligé; le gratifié peut l'être également, pourvu que, dans la pensée des contractants, la prestation qui lui incombe, ne soit pas l'équivalent de celle qu'il reçoit. La donation modale nous en fournit un exemple ; elle constitue une convention de bienfaisance, malgré l'obligation imposée au donataire d'exécuter le mode[14].

2° La division des conventions en conventions à titre onéreux et conventions à titre gratuit manifeste son importance dans deux théories. Les conventions à titre onéreux donnent lieu à la garantie du chef d'éviction[15] et des vices[16] de la chose; cette garantie n'est pas due à l'occasion des conventions de bienfaisance[17]. Dans les conventions de la première espèce, d'ordinaire les deux parties sont tenues de la faute lègère *in abstracto**, à cause de leur intérêt réciproque; dans les conventions de la seconde espèce, en principe la partie avantagée répond de la même faute; mais l'auteur de la libéralité, à cause de l'absence d'intérêt, répond de la faute lourde seulement[18]. En ce qui concerne les conventions aléatoires, elles sont soumises à quelques règles spéciales, qui seront indiquées au fur et à mesure que nous rencontrerons ces conventions[19].

§ 367. DES CONVENTIONS BILATÉRALES ET DES CONVENTIONS UNILATÉRALES.

Cette division apparaît seulement dans nos sources d'une manière incidente[1].

1° Les conventions bilatérales ou synallagmatiques (d'après les

(8) L. 8 § 1 cit. " captum piscium vel avium.. „.
(9) Cf. L. 8 cit. pr., et T. IV, § 397, II, B.
(10) D. 18, 4, *de H. v. H. A. V.*, L. 10-11.
(11) Cf. I. 2, 20, *de leg.*, § 6 " causa lucrativa.. „. — (12) T. V, § 544, 1°.
(13) D. 13, 6, *commod.*, L. 5 § 2 initio.
(14) D. 39, 5, *de donat.*, L. 18 pr. et § 1 initio. — (15) Cf. T. III, § 387-388.
(16) Cf. T. III, § 389-390. — (17) Cf. T. III, § 387, I, A, et § 389, I, A, 1°.
(18) Cf. T. III, § 295-296.
(19) T. III, § 373, II, 5°, *c*, T. IV, § 397, II, B, § 411 et 465-466, et T. V, § 715.
(1) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 19 i. f.; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2.

jurisconsultes romains *συνάλλαγμα*[2], d'après les auteurs modernes *contractus bilaterales*) sont celles qui produisent des obligations réciproques pour les contractants[3]. Tels sont la vente, le louage, la société, le contrat emphytéotique, etc.[3]. Ces conventions sont elles-mêmes de deux espèces : bilatérales parfaites (*bilaterales aequales**) ou bilatérales imparfaites (*bilaterales inaequales**). Dans les premières, auxquelles appartiennent les contrats précités, les deux parties sont nécessairement obligées; la réciprocité des obligations est de leur essence; on ne comprend pas qu'il n'y ait d'obligations que pour l'un des contractants. Dans les secondes, une seule partie est nécessairement obligée, l'obligation de l'autre dépend des circonstances; la réciprocité des obligations est accidentelle; tantôt elle existe, tantôt elle n'existe point. Le mandat, le commodat, le dépôt et le contrat de gage sont des contrats synallagmatiques imparfaits; le mandataire, le commodataire, le dépositaire et celui qui reçoit le gage, sont toujours tenus; le mandant, le commodant, le déposant et celui qui constitue le gage, ne le sont que dans certaines éventualités, par exemple à raison de débours légitimes faits par leur cocontractant; selon que celui-ci aura fait ou non de pareils débours, il y aura ou non réciprocité d'obligations[4]. Ce caractère différent des obligations des parties influe sur les actions naissant des conventions synallagmatiques imparfaites. Celles-ci produisent une action directe (*actio directa*) et une action contraire (*actio contraria*); il y a des actions directes et des actions contraires *mandati*, *commodati*, *depositi*, *pigneraticia*. L'action directe se donne à la partie nécessairement créancière (au mandant, au commodant, au déposant, à celui qui constitue le gage); l'action contraire se donne à la partie accidentellement créancière (au mandataire, au commodataire, au dépositaire, à celui qui a reçu le gage)[5]. — Les conventions unilatérales

(2) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 19 " contractum autem ultro citroque obligationem, " quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant „; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2 " dedi tibi rem ut " mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias : hoc *συνάλλαγμα* esse,.. esse enim con- " tractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit „. Συνάλλαγμα (de *συναλλάσσειν*, échanger) signifie réciprocité des obligations, ou rapport obligatoire réciproque. DIRKSEN, *Manuale latinitatis*, v° SYNALLAGMA. Conventio, Placitum (mutuae praestationis).

(3) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 19 i. f.; I. 3, 22, *de cons. obligat.*, § 3 initio.

(4) Cf. T. IV, § 403, II, § 429, II, § 435, II, et § 444, II. Pour le prêt de consommation, voyez T. IV, § 442.

(5) Cf. T. IV, § 403 initio, 429 initio, 435 initio et 444 initio. Faut-il ranger ces conventions parmi les conventions bilatérales ou parmi les conventions unilatérales? Dans ce dernier cas, on devrait dire des conventions qu'elles sont bilatérales ou unilatérales, selon qu'elles imposent ou non, au moment de leur conclusion, des obligations réciproques aux deux parties. Le premier point de

(*conventiones unilaterales**) sont celles qui ne produisent des obligations que pour l'une des parties. A cette classe appartiennent la donation(6) et la stipulation(7).

2° La division dont il s'agit ne s'identifie pas avec la précédente. Les conventions à titre onéreux ne sont pas toutes synallagmatiques, elles sont parfois unilatérales ; par exemple le prêt d'argent à intérêt a un caractère onéreux(8) et cependant il n'en résulte jamais d'obligations que pour l'emprunteur(9). D'autre part, les conventions à titre gratuit ne sont pas toujours unilatérales, il y en a aussi de synallagmatiques. La donation modale est bilatérale parfaite ; le mandat, le commodat et le dépôt sont à la fois des conventions de bienfaisance(10) et des conventions bilatérales imparfaites.

IV. CONDITIONS DES CONVENTIONS.

I. 3, 19, et C. 8, 38 (39), *de inutilibus stipulationibus.*

§ 368. ÉNUMÉRATION.

Trois conditions sont nécessaires à la validité d'une convention quelconque : la capacité des parties contractantes, une prestation susceptible de faire l'objet de la convention et le consentement des parties. Certaines conventions exigent une quatrième condition, la solennité ; toutes les conventions qui n'ont pas été élevées au rang de contrats consensuels ou de pactes confirmés, ne sont civilement obligatoires que si elles ont été revêtues de la forme de la stipulation. Nous nous occuperons de la solennité des conventions en même temps que du consentement des parties, auquel elle se rattache(1). Aucune autre condition n'est requise ; du moment que des personnes capables ont consenti sur une prestation pouvant faire l'objet de la convention, celle-ci doit arriver à l'existence, à moins que la loi n'exige en outre une condition de forme. On ne peut considérer comme une condition spéciale la cause, c'est-à-dire le

vue mérite la préférence ; il n'est guère rationnel de séparer deux groupes de conventions par cela seul que la réciprocité des obligations existe pour les unes nécessairement et sur-le-champ, pour les autres accidentellement et après coup. La doctrine romaine s'est fixée en ce sens ; Gaius, III, 155 " contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur (*in id*), quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet ; Gaius, III, 137 initio cbn. avec 135, v° mandatis ; I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr., v^is^ mandatis, depositis ; I. 3, 22, *de cons. obligat.*, § 3 initio cbn. avec pr., v° mandatis ; D. 17, 1, *mand.*, L. 6 § 4. Cf. Maynz, II, § 197. — (6) sauf le cas où elle est accompagnée d'un mode.

(7) I. 3, 22, *de cons. obligat.*, § 3 i. f. Il en était de même des anciens *nomina transscripticia* ; Gaius, III, 137 i. f. — (8) Cf. le paragraphe précédent n° 1 initio.

(9) Cf. T. IV, § 442 initio et n° II. — (10) Cf. le paragraphe précédent n° 1 i. f.

(1) § 374, II, 2° i. f.

motif *juridique* qui détermine les parties à contracter(2). Pour les conventions à titre onéreux, ce motif juridique c'est la prestation du cocontractant. Pour les conventions à titre gratuit, il en est de même du motif juridique du gratifié; quant à celui de l'auteur de la libéralité, c'est la volonté de gratifier(3) ou le consentement. La cause rentre donc dans les autres conditions des conventions(4). Le motif *de fait* qui détermine à contracter, n'est en aucune façon un élément de la convention; il est étranger à celle-ci. Le motif de fait d'une donation c'est souvent un service que le donataire a rendu au donateur; il est bien distinct de la cause de la donation; pour la donation cette cause est l'*animus donandi*. Le motif de fait de l'achat d'un cheval pour l'acheteur c'est parfois la circonstance qu'il vient de perdre le cheval qu'il possédait; la cause de l'achat c'est toujours le cheval acheté(5).

A) *De la capacité des parties contractantes;* § 369.

En principe, toute personne est capable de conclure une convention; la capacité de contracter constitue la règle, l'incapacité l'exception. L'incapacité n'a pas toujours la même étendue :

1° Sont incapables de conclure une convention quelconque, qu'il s'agisse de promettre ou de stipuler, les impubères âgés de moins de

(2) Art. 1108 et 1131 du Code Napoléon. Voyez sur cette notion SCHLOSSMANN, *Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge*, Breslau, 1868.

(3) Ce n'est point le service rendu par le donataire, quoi qu'en dise Domat; l'on ne peut voir dans ce service qu'un motif de fait.

(4) La cause *réelle* exigée par l'art. 1131 du Code Napoléon (vis fausse cause) se confond aussi avec le consentement, car la fausseté de la cause résulte d'une erreur (§ 375 et note 16a) ou d'une simulation; § 378. La cause *licite* des art. 1108, 1131 et 1133 s'identifie avec la prestation contractuelle; § 373, II.

(5) Le mot *causa* est employé par nos sources dans les acceptions suivantes :

1° Fort souvent il s'applique à une prestation *actuelle*, qui, étant faite en vue d'une prestation réciproque, en constitue le motif (D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2 et 4; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 52 pr.), ou bien, en sens inverse, il s'applique à une prestation *future*, dont l'attente constitue le motif d'une prestation actuelle; D. 12, 7, *de cond. sine causa*, L. 1 § 1-2, L. 4; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 6. De là les expressions *condictio causa data causa non secuta* et *condictio ob causam datorum*; § 365, notes 52 et 53. Dans les deux cas, le mot *causa* désigne le motif juridique d'une convention.

2° Le même terme désigne encore le motif de fait qui détermine les parties à contracter; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 65 § 2 " ob [illegible] m datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi ..», L. 52.

3° Le mot vise fréquemment les sources des obligations; à ce point de vue la convention elle-même est une *causa obligationis*; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 pr., L. 39; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 9 pr. Cf. D. 15, 1, *de pec.*, L. 49 § 2, vis ex causa civili.

sept ans[1], les aliénés[2] et ceux qui sont dans un accès de colère[3] ou dans un état d'ivresse[4] tels qu'ils ont perdu l'usage de la raison. Toutes ces promesses sont dépourvues de volonté et par conséquent ne peuvent donner nn consentement; or celui-ci est de l'essence de la convention; *infantes et furiosi nullum negotium gerere possunt, quia non intelligunt quod agunt.* Mais l'incapacité de l'aliéné cesse avec son motif pendant les intervalles lucides, pourvu que ceux-ci soient dûment établis[5]. Toutes les fois qu'il y a lieu de conclure une convention relativement aux intérêts des enfants et des aliénés, s'ils sont sous puissance, leur père de famille[6] et, dans le cas contraire, leur tuteur[7] ou curateur[8] doivent la conclure en leur lieu et place[9]. S'ils sont *sui juris*, l'aliénation de leurs biens exige en outre un décret du magistrat rendu après une enquête préalable[10].

2° Sont capables de stipuler, mais non de promettre, les impubères âgés de sept ans[11], les faibles d'esprit[12] et les prodigues[13],

(1) Gaius, III, 109; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 10 cbn. avec § 8; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 70.

(2) Gaius, III, 106; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 8; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 12, L. 43 initio; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 2 initio.

(3) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 48 " Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, " non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit judicium animi fuisse. " Ideoque brevi reversa uxor nec divortisse videtur „. Il résulte de ce passage que la conduite subséquente de la personne en colère peut servir à prouver qu'elle a ou non agi en connaissance de cause; si une femme mariée divorce dans un mouvement de colère, le divorce sera valable ou nul selon que la femme continuera ou non, pendant un certain temps, la vie séparée. — (4) Arg. L. 48 cit.

(5) C. 4, 38, *de contr. empt*, L. 2 i. f.; C. 5, 70, *de cur. fur.*, L. 6 § 1, v^is sed per intervalla..... competunt. Mais la curatelle persiste, en vertu d'une décision de Justinien qui tranche une controverse des anciens jurisconsultes romains; L. 6 cit.

(6) Arg. C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 18 pr. — C. 5, 70, *de cur. fur.*, L. 7 pr., § 1 et 1*a*.

(7) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9 pr., v^is quod si neque..... dandam, et arg. L. 1, § 2, v^is ita tamen, ut..... suscipiant.

(8) Arg. D. 27, 10, *de cur. fur.*, L. 7 pr.

(9) Par suite du défaut de volonté chez l'enfant et le fou, il ne peut être question de les faire contracter eux-mêmes avec l'intervention de leur père de famille, tuteur ou curateur; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9 pr., et arg. L. 1 § 2.

(10) D. 27, 9, *de reb. eor., qui sub tut.*, L. 1 pr., § 1 et 2 initio; C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22 pr. et § 1; C. 5, 70, *de cur. fur.*, L. 2.

(11) Gaius, III, 107; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 9; I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr. initio; D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 8 pr. initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 43 initio; C. 8, 38 (39), *de inut. stipul.*, L. 1. On s'était demandé à Rome, s'il ne fallait pas déclarer absolument incapables de contracter, outre les impubères âgés de moins de sept ans (*infantes*), ceux qui avaient à peine accompli leur septième année (*infantiae proximi*). Mais, déjà à l'époque de Gaius, on s'était prononcé pour la

les uns comme les autres s'ils sont interdits, c'est-à-dire placés sous curatelle. Ces personnes ont une volonté; elles peuvent donner un consentement véritable, et il n'y avait aucun motif de ne pas attribuer à ce consentement ses pleins effets pour les pures stipulations; comme celles-ci doivent nécessairement améliorer la condition de l'incapable, un besoin de protection n'existait pas à leur égard[14]. Mais la volonté des impubères âgés de sept ans, des faibles d'esprit et des prodigues interdits n'est pas suffisamment éclairée; ils auraient pu prendre des engagements à la légère et empirer leur condition; leur incapacité les protège contre une lésion possible[15]. — Les pubères encore mineurs sont capables de stipuler et de promettre[16], sauf les restrictions suivantes. En premier lieu, ils sont incapables d'aliéner[17]; ils ne peuvent faire un échange[18], une donation *dando*, une constitution de dot ou de contre-dot[19], un prêt de consommation, un payement translatif de propriété, etc.[20]. En second lieu, s'il s'agit de mineurs *sui juris* et ayant, ce qui était la règle, un curateur général, ils sont encore incapables de promettre par une convention qui tend à faire une aliénation (vente, donation *promittendo*, etc.)[21], mais ils peuvent s'obliger par une autre convention (acheter, emprunter, donner ou prendre à bail, etc.)[22]; le mineur étant libre de ne pas se soumettre à une curatelle générale, s'il s'y soumet, il est censé accepter l'intervention de son curateur pour les conventions importantes de la première espèce; il reste capable pour les conventions de la seconde catégorie[23], sauf qu'il ne peut faire

capacité de stipuler de tous les impubères âgés de sept ans; Gaius, III, 109; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 10. De leur côté les interprètes du droit romain discutent sur le sens de l'expression *infantiae proximi*; voyez T. I, § 43, II, 2°.

(12) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 6 initio.

(13) L. 6 initio cit. Cf. D. 46, 2, *de novat.*, L. 3.

(14) Cf. I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr. " namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate.. „.

(15) Pr. cit. " deteriorem vero non aliter quam tutore auctore.. „.

(16) D. 45, 1, *de V. O*, L. 101.

(17) C. 5, 71, *de praed. v. al. reb. min.*, L. 4; C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 22 pr. et § 1.

(18) C. 5, 71, *de praed. v. al. reb. min.*, L. 4 pr.

(19) Cf. C. 5, 74, *si maj. fact. sine decr. fact. alien. rat. hab.*, L. 3 § 2 initio, et Schilling, III, § 355 initio. — (20) C. 5, 71, *de praed. v. al. reb. min.*, L. 4.

(21) C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 initio.

(22) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 101, L 141 § 2 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 43 initio. En vertu d'une disposition spéciale, la femme mineure *sui juris* non pourvue d'un curateur général a encore besoin d'un curateur particulier pour une promesse de dot; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 60, L. 61 pr.

(23) S'il en était autrement, le mineur sous curatelle serait frappé de la même incapacité que l'impubère et on ne s'expliquerait pas pourquoi il reçoit un curateur plutôt qu'un tuteur.

un payement qui implique une aliénation. En troisième lieu, si un mineur quelconque est lésé par une convention qu'il était capable de conclure, il jouit du bénéfice de la restitution en entier[23a]. Une situation spéciale est faite aux mineurs émancipés par l'obten-

(23a) C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 i. f. En ce qui concerne la capacité des mineurs *sui juris* sous curatelle, nous nous appuyons sur les textes suivants :

1° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 101 " Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu " obligari „. Pour écarter cette décision catégorique, on est réduit à proposer d'intercaler un *non* devant *possunt*, ou bien à soutenir que, d'après le jurisconsulte romain, le mineur peut à la vérité s'obliger sans son curateur, mais que néanmoins le consentement de ce dernier doit précéder ou suivre la stipulation!

2° D. *eod.*, L. 141 § 2 " pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si pater familias obligari solet.. „. Cette loi suppose que le mineur *sui juris* est en principe capable de s'obliger, sans distinguer s'il a ou non un curateur général. Elle doit donc s'entendre aussi d'un mineur pourvu d'un pareil curateur.

3° D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 43 " Obligari potest pater familias suae potestatis " pubes compos mentis.. „. Il faut se garder de conclure de ce passage que le *filius familias* est incapable de s'obliger, ce qui serait contraire à des textes formels (D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 39; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 6 § 7); les mots *suae potestatis* ajoutés à *pater familias* signifient *sui juris* et constituent une superfétation, comme au D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 2 § 1 " Voto autem *patres familiarum* obligantur puberes *sui juris*. Ainsi entendue, la loi 43 citée attribue virtuellement la capacité de s'obliger au pubère *sui juris*, fût-il placé sous curatelle.

On fait diverses objections : 1° Il serait peu rationnel d'établir une distinction entre les conventions qui tendent à une aliénation et les autres conventions; toutes les obligations ont pour effet de diminuer le patrimoine du débiteur. Mais en fait les ventes et les conventions d'échange soient des actes beaucoup plus importants que des baux ou des mandats; dès lors il est naturel d'interdire les premiers aux mineurs pourvus d'un curateur et de leur permettre les seconds.

2° Le C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min*, L. 3 " cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est.. „ assimile le mineur pourvu d'un curateur général au prodigue interdit. Mais cette assimilation n'est vraie que *pro subjecta materia*, c'est-à-dire au point de vue de la vente dont s'occupe notre constitution.

3° Les mineurs pourvus d'un curateur sont déclarés incapables de s'obliger dans plusieurs cas particuliers, par exemple pour la promesse de dot (D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 60, L. 61 pr) et pour l'acceptation d'une hérédité; C. 5, 37, *de admin., tut.*, L. 26. Mais ce sont là des incapacités exceptionnelles justifiées par l'importance spéciale de l'obligation. En outre, l'incapacité relative à la promesse de dot concerne seule les conventions et elle s'applique aussi à la mineure qui n'a pas de curateur; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 61 pr.; donc, si on la généralisait pour la mineure sous curatelle, logiquement on devrait le faire aussi pour la mineure dépourvue de curateur.

Voyez en ce sens MAREZOLL, *Zeitschrift für Civilr. u. Prozess*, II (1829 , n° XII, p. 374-447. — RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft*, T. II, § 123, II à IV, cbn. avec § 140, IV, B, 1, SAVIGNY, *Vermischte Schriften* II, n° 18, p. 383-386, SCHILLING, III, § 252 initio, LEFORT, *Essai historique de la tutelle en droit romain*, p. 41, VAN-

tion de la *venia aetatis*, ce qui est possible, moyennant un rescrit impérial, pour les hommes à l'âge de 20 ans et pour les femmes à 18 ans[24]. Cette émancipation n'a rien de commun avec l'émancipation des enfants sous puissance; elle suppose au contraire une personne *sui juris*. Elle a pour effet d'assimiler les mineurs aux majeurs et de leur conférer la même capacité de contracter[25], si ce n'est pour les aliénations d'immeubles; les mineurs émancipés demeurent incapables de conclure des conventions qui impliquent une aliénation de leurs immeubles[26]. Si la convention a simplement pour objet une pareille aliénation sans l'impliquer, elle est valable[27], sauf l'incapacité de faire la tradition avant la majorité[28] et la

GEROW, 1, § 291, *Anm.* 2, MAYNZ, III, § 356, p. 185-186, NAMUR, I, § 109, 3, et WINDSCHEID, I, § 71 et note 8.

Beaucoup d'auteurs (MÜHLENBRUCH, III, § 591, note 5. — PUCHTA, *Instit.* II, § 202 et note *aa*, *Pand.*, § 51 et note d, *Vorles.* I, § 51, p. 104-106. — SINTENIS, III, § 145, *Anm.* 1, p. 178. — MACHELARD, *Obligations naturelles*, p. 241-264. — DEMANGEAT, I, p. 410-411. — ARNDTS, § 59, c. — BRINZ, I, § 57, 1, b) refusent aux mineurs *sui juris* sous curatelle toute capacité de s'obliger par convention.

D'autres (UNTERHOLZNER, cité, I, § 80, n° III. — GOESCHEN, II (2), § 429) la leur accordent même pour les conventions qui tendent à une aliénation; leur capacité de s'obliger serait la même que celle des mineurs sans curateur permanent. Mais cette théorie se heurte ouvertement au C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 " Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post " pupillarem aetatem res venum dedisti, *hunc contractum servari non oportet*, cum " non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore " dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum " fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita " excesserint, causa cognita non prohiberis ".

Cette constitution frappe de nullité le contrat de vente passé par le mineur ayant un curateur général; tel est le sens naturel des mots *hunc contractum servari non oportet*. Il y a d'autant moins de doute à cet égard que la loi assimile le mineur pourvu d'un curateur à un prodigue interdit; or, si celui-ci vend une chose sans le consentement de son curateur, il est certain qu'il n'est pas obligé par la vente. Ce n'est pas tout : la L. 3 refuse implicitement la restitution en entier au mineur ayant un curateur permanent (arg. L. 3 i. f. cbn. avec l'initium); or, si la vente avait été valable, la restitution en entier aurait dû lui être accordée au même titre qu'au mineur sans curateur. La circonstance que le consentement du curateur était nécessaire à la validité de la *tradition*, n'était pas un motif de refuser la restitution contre la *vente*; car le même consentement est requis pour la tradition à faire par le mineur dépourvu de curateur, ce qui ne fait pas obstacle à la restitution. Il est donc arbitraire d'interpréter les mots *hunc contractum servari non oportet* en ce sens que la vente serait valable, sauf que, pour son exécution, il faudrait le consentement du curateur. — (24) C. 2, 44 (45), *de his qui ven. aet. impetr.*, L. 2 pr. et § 1.

(25) C. *eod.*, L. 1.

(26) C. *eod.*, L. 3. Cette incapacité existe même pour la constitution d'une dot ou d'une contre-dot; cf. la note 19 du présent paragraphe.

(27) Arg. C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 i. f.

(28) C. 2, 44 (45), *de his qui ven. aet. impetr.*, L. 3.

possibilité de la restitution en entier[29]. — Lorsque, en vertu des règles précédentes, les impubères sortis de l'enfance, les faibles d'esprit ou prodigues interdits et les mineurs pubères sont frappés d'une incapacité de contracter, la convention doit être conclue par leur père de famille, s'ils sont sous puissance[30], par leur tuteur[31] ou curateur[32], s'ils sont *sui juris*. Ou bien ils doivent contracter eux-mêmes avec l'autorisation de leur tuteur[33] ou le consentement de leur curateur[34]. A raison de l'unité de personne dans la famille romaine, l'enfant sous puissance ne pouvait contracter avec l'autorisation ou le consentement de son père; car on ne comprend pas qu'on s'autorise soi-même ou que l'on consente à ses propres actes[35]. S'il s'agit d'une aliénation à faire par un incapable *sui juris*, elle doit en outre être homologuée par le magistrat après enquête[36].

3° A ces incapacités s'ajoutent quelques autres qui, étant d'un caractère civil, excluent seulement l'obligation civile et non une obligation naturelle; ce sont les incapacités des esclaves et des personnes unies par la puissance paternelle[37]. Il y a aussi des incapacités spéciales à certaines conventions[38].

B) *Des prestations susceptibles de faire l'objet d'une convention.*

§ 370. GÉNÉRALITES.

Comme l'objet de toute acte juridique[1], la prestation qui fait l'objet d'une convention, doit avoir trois caractères : elle doit présenter de l'intérêt pour le stipulant, être suffisamment déterminée et être possible.

(29) Arg. L. 3 cit cbn. avec C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 i. f., et C. 5, 71, *de praed. v. al. reb. minor.*, L. 11 § 1.

(30) Arg. C. 6, 30, *de jure delib.*, L. 18 pr.

(31) D. 26, 7, *de admin. tut.*, L 9 pr. i. f.

(32) Arg. C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 1. — (33) I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr. initio.

(34) Arg. C. 2, 21 (22), *de in integr. restit. min.*, L. 3 initio.

(35) Cf. T. V, § 593, II.

(36) D. 27, 9, *de reb. eor., qui sub tut.*, L. 1 pr., § 1 et 2 initio; C. 5, 70, *de cur. fur.*, L. 2; C. 5, 71, *de praed. v. al. reb. min.*, L. 4, L. 17 initio; C. 5, 37, *de admin. tut.*, L, 22 pr. et § 1. — (37) T. III, § 329, II, 1° et 2°.

(38) Incapacité des femmes d'intercéder (T. III, § 319-320*a*), incapacité des pérégrins, des sourds et des muets au point de vue du contrat verbal de stipulation (T. III, § 359, 1° i. f., et T. IV, § 394, 1°), incapacité des femmes, des sourds et des muets au point de vue du compromis (T. IV, § 463, I, 1°), incapacité des enfants sous puissance pour les emprunts d'argent; T. IV, § 442*a*.

§ 370. — (1) Cf. T. I, § 73, II.

§ 371. DE L'INTÉRÊT QUE DOIT PRÉSENTER LA PRESTATION.

IHERING, *Rechtsgutachten in Sachen.... der Gäubahn*, Olten, 1878, reproduit presque intégralement dans les *Jahrb. für die Dogmatik* XVIII (1880), n° I, surtout § 10-14, p. 41-91. Nous citons d'après les *Jahrbücher*.

1° En vertu d'un principe général sur les actes juridiques, l'intérêt que la prestation doit présenter pour le stipulant n'a pas besoin d'être pécuniaire ou estimable en argent; un intérêt moral, un intérêt non susceptible d'estimation pécuniaire peut servir de base à une convention. Dans le cas d'un simple intérêt moral, la volonté des parties est que le débiteur qui ne tient pas son engagement, soit condamné à une *peine*, que le juge fixera équitablement d'après les circonstances. Cette fixation, malgré les difficultés qu'elle offre, n'est pas impossible. Le juge aura égard au montant des stipulations pénales qui ont lieu d'habitude dans des hypothèses identiques ou analogues. Ou bien, lorsque la stipulation basée sur un intérêt moral forme l'accessoire d'une autre convention telle que la vente, il pourra estimer la peine en comparant la valeur de la chose vendue et le prix principal de vente; la différence donnera le montant de la peine que les parties elles-mêmes auront eue en vue(1). L'intérêt moral est très varié. D'abord se présente l'intérêt d'agrément, c'est le moins contestable. Nous stipulons valablement une servitude *ne prospectui officiatur*, interdisant au voisin de nuire par un ouvrage quelconque à la vue dont nous jouissons sur les propriétés avoisinantes(2), bien que cette vue soit de pur agrément. De même le *pactum de non alienando** est valable sur le fondement d'un intérêt d'agrément, lorsqu'il a pour but d'éviter le voisinage de certaines personnes(3). On peut s'associer en vue de la chasse ou d'un voyage(4). L'intérêt moral comprend encore l'intérêt d'affection(5); le vendeur d'un esclave stipule valablement que l'esclave sera affranchi par l'acheteur(6), qu'il ne sera pas

§ 371. — (1) Cf. D. 18, 7, *de serv. export.*, L. 6 § 1 " quoniam hoc minoris homo venisse videatur „. Cf. T. I, § 73, II. 1°.

(2) D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 3, L. 15 initio. Voyez encore D. 43, 20, *de aqua cottid. et aest.*, L. 3 pr. Cf T. II, § 243, I, 4°.

(3) Cf. T. II, § 210, 1° initio. Voyez encore C. 5, 54, *de pact. inter cmpt. et vendit.*, L. 9 pr. — (4) Cf. T. IV, § 446, 3°.

(5) D. 17, 1, *mand.*, L. 54 pr. " placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.. „.

(6) L. 54 pr. cit., PAPINIEN, " Cum servus extero se mandat emendum, " nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manu- " mitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor

exporté[7], etc.[8]. L'intérêt moral peut aussi être d'une nature scientifique, littéraire ou artistique; le louage, du moins en fait, et la société peuvent avoir pour objet des services scientifiques, littéraires ou artistiques[9]. L'intérêt religieux constitue une autre variété de l'intérêt moral[10].

" et affectus ratione mandati agetur : finge filium naturalem vel fratrem esse (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam*)...

" Lorsqu'un esclave donne à un étranger le mandat de l'acheter, le mandat est " nul. Toutefois, si le mandat a eu pour but l'affranchissement de l'esclave et que " l'acheteur ne l'ait pas affranchi, le maître obtiendra le prix en qualité de ven- " deur et agira par l'action de mandat à raison de l'intérêt d'affection; tel est le " cas où l'esclave est son fils ou son frère naturel (car il a été admis par les " jurisconsultes que, dans les actions de bonne foi, on devait avoir égard à " l'intérêt d'affection) ".

Un esclave avait donné à un tiers le mandat de l'acheter. Ce mandat est nul, parce qu'il a pour objet de faire conclure par le mandataire une vente à laquelle ce dernier demeure libre de ne pas consentir; en réalité il n'y a qu'une simple promesse unilatérale de vendre de la part de l'esclave; le tiers peut donc ne pas acheter l'esclave; L. 54 pr. initio cit. S'il l'achète effectivement, le maître qui ne consent pas à la vente de son esclave, est autorisé à le revendiquer (C. 4, 36, *si servus se emi mandav.*, L. un. § 2); s'il y consent, il a droit au prix de vente; L. un. cit. pr., cf. § 1. Le mandat susdit sera encore nul s'il a été donné à charge d'affranchir l'esclave. Mais *quid* dans l'espèce si le tiers achète l'esclave? Certes le maître peut toujours revendiquer l'esclave; L. un. cit. § 2. S'il approuve la vente, il peut ou bien exiger le prix de vente, en renonçant à la charge d'affranchir, ou bien réclamer l'affranchissement, en perdant le droit au prix; L. 54 cit. pr. initio; L. un. cit. § 1 i. f. Papinien, en accordant au maître la faculté de poursuivre l'affranchissement, suppose qu'il est parent naturel de l'esclave; mais, abstraction faite de cette parenté, il y a un intérêt d'affection suffisant; *cum beneficio adfici hominem intersit hominis*, dit le même jurisconsulte au D. 18, 7, *de serv. export.*, L. 7 i. f. Cf. Ihering, cité, § 12, p. 64, et § 14, p. 88-91.

(7) D. 18, 7, *de serv. export.*, L. 7, Papinien, " Quod si, ne poenae causa expor- " taretur, convenit, *etiam affectionis ratione recte agetur*. Nec videntur haec inter " se contraria esse, *cum beneficio adfici hominem intersit hominis* : enimvero poenae " non inrogatae indignatio solam duritiam continet ".

Il est à remarquer, pour l'intelligence de ce passage, que, dans la première partie de la loi 7, Papinien s'était prononcé en principe pour la nullité de la clause *ne in Italia esset* ajoutée à une vente d'esclave; cf. la note 10 du présent paragraphe.

(8) D. 18, 7, *de serv. export.*, L. 6 pr., Papinien, " Si venditor ab emptore " caverit, *ne serva* manumitteretur neve *prostituatur*, et aliquo facto contra quam " fuerit exceptum evincatur aut libera judicetur, et ex stipulatu poena petatur, " doli exceptionem quidam obstaturam putant, Sabinus non obstaturam... si ne " prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non " debeat, *cum* et ancillam contumelia adfecerit et *venditoris affectionem, forte* " *simul et verecundiam laeserit*... ". — (9) Cf. T. IV, § 421, I, 2°, et § 446, 3°.

(10) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 25 " Aedem sacram vel locum religiosum " aedificari stipulari possumus : alioquin nec ex locato agere possumus ".

" Nous pouvons stipuler la construction d'un bâtiment sacré ou religieux; si

2° Mais, à défaut de tout intérêt pécuniaire ou moral pour le stipulant, la convention des parties est de nulle valeur. Tel est le cas où l'on stipule de quelqu'un qu'il ne labourera pas son fonds(11), qu'il n'habitera pas sa maison. C'est pour le même motif que le *pactum de non alienando* devra souvent être considéré comme non avenu(12) et qu'il n'est pas possible de stipuler au profit d'un tiers(13). Toutefois l'on stipule valablement une peine pour le cas où la prestation dépourvue d'intérêt ne recevrait pas son exécution, car on a intérêt au payement de la peine(14); de cette

" on déclarait cette stipulation nulle, il serait aussi impossible de faire de cette " construction l'objet d'un louage d'ouvrage „. Cf. IHERING, cité, § 12, p. 74.

Voyez encore D. 21, 2, *de evict.*, L. 71. Aux termes de cette loi, l'acheteur d'un fonds de terre, qui l'a donné en dot à son gendre, peut, en cas d'éviction de ce dernier, agir en garantie contre son vendeur, indépendamment de tout intérêt pécuniaire résultant de la restitution de la dot. La seule affection paternelle, qui doit faire désirer au père que sa fille soit dotée, est suffisante; *interest enim patris filiam dotatam habere* — an et hoc casu *interest patris dotatam filiam habere*, ut statim convenire promissorem possit? *quod magis paterna affectio inducit.* Cf. IHERING, cité, § 12, p. 61-62.

Le droit romain reconnaît même l'intérêt moral à la punition légitime d'un esclave. On peut, en vendant son esclave, stipuler de l'acheteur qu'il infligera à l'esclave une peine (D. 18, 7, *de serv. export.*, L. 6 § 1), par exemple qu'il ne l'affranchira pas (D. *eod.*, L. 6 pr. initio) ou bien qu'il l'exportera; D. *eod.*, L. 7 cbn. avec L. 6 § 1; C. 4, 55, *si serv. export. ven.*, L. 3. Papinien avait commencé par soutenir que les stipulations faites à titre de peine pour l'esclave vendu étaient nulles, à moins que le vendeur n'eût de son côté promis quelque chose pour le cas où l'esclave n'aurait pas subi la punition, par exemple aurait été affranchi ou bien n'aurait pas été exporté; D. 18, 7, *de serv. export.*, L. 6 § 1 initio, L. 7. Le motif de sa doctrine était " *viro bono non convenire credere venditoris* " *interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset* „; L. 6 § 1 cit. " *poenae* " *non inrogatae indignatio solam duritiam continet* „; L. 7 i. f. cit. Mais plus tard il se rallia à l'opinion contraire de Massurius Sabinus; L. 6 § 1 i. f. cit. " Sed " in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, " *quoniam hoc minoris homo venisse videatur* „; cf. le n° 1 initio de ce paragraphe. En ce qui concerne spécialement la clause *ne servus manumitteretur*, elle empêche l'acheteur de l'affranchir, ce qui rend inutile la stipulation d'une peine pour le cas d'affranchissement; L. 6 pr. cit., v^is Sed ratio faciet..... cogitatum. POTHIER, *Pand. Justin.* 18, 7, n° 6 et note *f.* — FEUST et SINTENIS, *Traduction allemande du Corpus juris*, ad h. l.

Pour d'autres applications étrangères à la validité des conventions, cf. le D. 4, 4, *de minor.*, L. 35, le D. 38, 2, *de oper. libert.*, L. 36, et le D. 43, 24, *quod vi aut clam*, L. 16 § 1, ainsi que IHERING, cité, *passim.*

Sur l'ensemble de la question, voyez SCHILLING, III, § 239, *Erinnerung*, et § 362, note i. — (11) D. 8, 1, *de servit.*, L. 15 pr.

(12) Cf. T. II, § 210, note 1. Pour une autre application voyez le D. 2, 14, *de pact.*, L. 61, et le D. 11, 7, *de relig.*, L. 11 initio.

(13) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 19 initio. Cf. T. III, § 393, II initio et B.

(14) § 19 cit. i. f.; D. 11, 7, *de relig.*, L. 11.

manière le promettant est indirectement contraint à respecter la convention inutile.

§ 372. DE LA DÉTERMINATION DE LA PRESTATION.

La prestation qui fait l'objet de la convention, doit être suffisamment déterminée. En quel sens doit-elle l'être ?

I. En principe il ne doit pas être au pouvoir du promettant de rendre sa promesse illusoire, par suite de son indétermination[1]. D'après cela, si la convention porte sur une chose corporelle, il faut au moins que celle-ci soit déterminée quant à son genre ; on ne peut promettre un animal en général, sinon il dépendrait du promettant de faire une prestation dérisoire. Mais la seule détermination du genre de la chose n'est pas toujours suffisante. On s'en contente lorsque la variété des individus du genre n'empêche pas de déterminer un individu de valeur moyenne ; le débiteur d'un genre doit précisément payer un pareil individu[2] ; c'est ainsi qu'on peut promettre un esclave[3], un cheval ou un bœuf, sans aucune désignation particulière. A côté de ces genres, il y en a d'autres qui comprennent une variété si grande d'individus qu'il est impossible de déterminer un individu de valeur moyenne ; tels sont les genres ' fonds de terre ' et ' maison ' ; la valeur d'un fonds de terre ou d'une maison dépend de sa contenance, de sa qualité et de sa situation. On ne peut donc pas promettre un fonds de terre en général[4] ou une maison en général. Pour que la promesse soit valable, une désignation spéciale est nécessaire ; on promettra valablement un fonds de terre de telles qualité et contenance et situé dans telle localité[5], une maison d'habitation pour le stipulant dans telle ville. — Quant aux choses fongibles comme l'argent monnayé, le blé, le vin et l'huile, à la vérité elles ont une valeur uniforme[6] ; mais elles se déterminent essentiellement par la quantité, *pondere numero vel mensura constant;* jusque-là elles sont indéterminées.

(1) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 108 § 1 « Nulla promissio potest consistere, quae « ex voluntate promittentis statum capit ».

(2) Cf. T. III, § 324, 3° initio. — (3) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 54 pr.

(4) D. *eod.*, L. 115 pr. « imperfecta erit stipulatio, non secus ac si... stipulatus essem... fundum dari non adjecto nomine.

D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 69 § 4 « fundo non demonstrato nullum esse lega« tum vel stipulationem fundi.. ». Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 75 § 1.

(5) *Non obstant* D. 45, 1, *de V. O.*, L. 115 pr , v^is non adjecto nomine, D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 69 § 4, v^is non demonstrato (voyez la note précédente). En ce sens Goeschen, II (2), § 430 i. f., et Baron, § 208, II, *ad* 2 initio.

(6) C'est pourquoi le débiteur peut ici payer des choses quelconques du genre convenu, pourvu qu'elles ne soient pas vicieuses ; cf. T. III, § 324, 3°.

C'est pourquoi la promesse de pareilles choses doit porter sur une quantité précise, sur 1000 sesterces, 100 mesures de blé, de vin ou d'huile, et non sur de l'argent monnayé, du blé, du vin, de l'huile en général; autrement il serait au pouvoir du promettant de se libérer en payant un as, un grain de froment, une goutte de vin ou d'huile, ce qui donnerait un résultat dérisoire(7). Est nulle la promesse d'un salaire indéterminé(8) ou d'une dot indéterminée(9). — Restent les faits de l'homme. Ici surtout, pour savoir si la prestation est suffisamment déterminée, il faut consulter chaque cas particulier. Souvent le fait de l'homme ne se précise que par la désignation du lieu ou du temps de sa prestation; alors ce lieu ou ce temps doit être indiqué dans la convention, à peine de nullité de celle-ci. On ne peut promettre de bâtir une maison sans désignation du lieu(10), ni, en général, de se présenter en justice sans fixation de jour(11).

II. Mais il n'est pas nécessaire que le contrat lui-même fasse la détermination susdite. Il suffit qu'il contienne des éléments de détermination et qu'à l'aide de ces éléments on parvienne à déterminer la prestation comme elle doit l'être. Il est permis de vendre une chose ' pour le prix qu'elle nous a coûté ' (12), ' pour l'argent qui se trouve actuellement dans la caisse de l'acheteur ' (12), ' pour le prix à fixer par A ' (13), etc. De même on promet valablement du blé ou des aliments ' pour les besoins d'une famille ', sans autre indication; il est possible de déterminer la quantité de blé nécessaire aux besoins d'une famille ou la somme d'argent que doit coûter son entretien. Dans le premier cas tout dépend du nombre et de l'âge des membres de la famille dont il s'agit; dans le second, il faut aussi tenir compte de la condition des personnes(14). Ainsi, encore, bien que la promesse d'une dot indéterminée soit nulle en prin-

(7) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 94, L. 115 pr. initio. — (8) C. 4, 35, *mand.*, L. 17.

(9) C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 1. Mais voyez le n° II initio du présent paragraphe.

(10) D. 13, 4, *de eo quod certo loco*, L. 2 § 5; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 95, L. 115 pr. « inperfecta erit stipulatio,.. non secus ac si... stipulatus essem.. insulam aedifi- « cari non demonstrato loco.. ». — (11) L. 115 pr. cit. initio, cf. i. f.

(12) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 7 § 1 « Hujusmodi emptio ' quanti tu eum « emisti ', ' quantum pretii in arca habeo ', valet : nec enim incertum est pretium « tam evidenti venditione : magis enim ignoratur, quanti emptus est, quam in « rei veritate incertum est ».

(13) Des jurisconsultes romains avaient contesté la validité de cette vente; Gaius, III, 140. Justinien se prononça pour sa validité; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 15; I. 3, 23, *de empt. et vendit.*, § 1. Voyez encore D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 7 § 2.

(14) L'âge des membres de la famille a aussi de l'importance; arg. D. 34, 1, *de alim. v. cib. leg.*, L. 10 § 2 « pro incrementis aetatis eam exhibendam esse.. ».

cipe[15], elle devient valable si elle est faite par un père au profit de sa fille ; alors la qualité du constituant fournit un élément de détermination ; l'importance de la dot peut être fixée d'après la fortune du constituant et le nombre de ses enfants ainsi que d'après la condition des époux ; ce sont les bases normales de la dot[16]. — Lorsque le contrat, au lieu de déterminer lui-même la prestation, se borne à indiquer des éléments de détermination, il affecte un caractère conditionnel ; il est fait sous la condition qu'à l'aide de ces éléments, on réussira à fixer la prestation[17]. Si l'on n'y parvient pas, le contrat est nul ; l'un des contractants ne peut pas exiger qu'on détermine la prestation d'une autre manière ; la condition sous laquelle on a contracté, est défaillie et le contrat fait la loi des parties[18]. La vente faite ' pour le prix auquel le vendeur a lui-même acheté la chose ' ou ' pour l'argent que renferme la caisse de l'acheteur ', est considérée comme non avenue si le vendeur a acquis la chose à titre gratuit[19] ou si la caisse de l'acheteur est vide. Examinons maintenant d'une manière spéciale le cas où les parties sont convenues que la prestation imposée à l'une d'elles sera fixée par un arbitre.

1° L'arbitre doit être un tiers ; on ne peut pas convenir que la prestation sera fixée par l'un des contractants ' *quanti aestimaverim* ', par exemple je vous offre mon cheval pour le prix que vous voudrez me donner et vous acceptez mon offre[20]. Dans l'espèce les parties ne veulent pas contracter actuellement ; elles ont en vue un accord ultérieur sur le prix de vente[21]. La société et la constitu-

(15) Cf. le présent paragraphe n° I i. f.

(16) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 69 § 4 « Gener a socero dotem arbitratu soceri « certo die dari non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat : arbitrio « quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo « non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, cum « inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit : « dotis etenim quantitas pro modo facultatium patris et dignitate mariti constitui « potest »; arg. D. 32, *de leg.* 3°, L. 43 « ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum... », D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 60 « ex facultatibus et dignitate mulieris maritique.. „, L. 69 § 4. Voyez encore C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 3.

Il en est autrement si le constituant est un oncle de la femme ; la dot fournie par un oncle dépend de son affection pour sa nièce et cette affection ne peut servir de base à une estimation.

(17) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 15 § 1 ; D. 18, 1, *eod.*, L. 37. Voyez cependant les cas des notes 14 et 16 du présent paragraphe, où le contrat est pur et simple.

(18) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 15 § 2. — (19) D. 18, 1, *eod.*, L. 37.

(20) D. *eod.*, L. 35 § 1 ; C. 4, 38, *eod.*, L. 13.

(21) Arg. L. 35 § 1 cit. « imperfectum esse negotium.. » et L. 13 cit. « quia non adstringit necessitate contrahentes .. » ; cf. T. III, § 374, I, 3°. On ne peut pas dire qu'il dépend de l'une des parties de rendre sa prestation illusoire ; car,

tion de dot dérogent à la règle; les associés peuvent convenir que l'un d'eux fixera les parts sociales[22] et le père qui constitue une dot au profit de sa fille, peut se réserver le droit d'en déterminer le montant[23]; dans les deux cas il y a lieu à un *viri boni arbitrium*. Ces exceptions s'expliquent par le lien de fraternité qui existe entre associés[24] et par la faveur de la dotation de la fille. — De plus, l'arbitre doit être désigné par le contrat; il ne suffit pas de s'en rapporter d'une manière générale à l'arbitrage d'un tiers sans désignation de personne[25]. A défaut de cette désignation, chaque partie demeurerait libre de repousser tous les arbitres que l'autre pourrait proposer; il n'y a donc pas de lien obligatoire. Cependant, le contrat serait valable si l'intention des parties était de prendre éventuellement pour arbitre le juge de la cause[26]. Il faut s'arrêter à cette solution lorsque l'une des parties fait une prestation en vue d'une prestation réciproque à déterminer par un arbitre non désigné et que le cocontractant se refuse à procéder à la nomination d'un arbitre; par exemple des personnes se sont associées pour des parts à fixer par un arbitre non désigné et elles ont géré en commun Il est certain ici que l'obligation de faire une certaine

l'il était possible de s'en rapporter à son *arbitrium*, celui-ci devrait être un *boni viri arbitrium*; arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 6, et C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 3. Cf. aussi le présent paragraphe n° II, 2° i. f.

Voyez en ce sens MOLITOR, cité, I, n° 393 initio, ARNDTS, § 300 et *Anm.* 3, *6*, et MAYNZ, II, § 209, B. Cf. UNTERHOLZNER, cité, T. I, § 27, I, 3 i. f., et T. II, § 441 et note e.

Contra GOESCHEN, II (2), § 430 i. f, THIBAUT, I, § 382, SCHILLING, III, § 252 i. f., KELLER, § 323, A, III, b, RUDORFF, *zu* PUCHTA's *Pandekten*, § 360, note h, BARON, § 208, II, ad 2 initio, § 286, II initio, et WINDSCHEID, II, § 386 et note 6 initio. Cf. VANGEROW, III, § 632, *Anm.*, n° I, 2, b i. f. Ces auteurs ne tiennent pas compte du D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 35 § 1 « Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit : ' quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum ' ». Il résulte de cette décision que la fixation du prix de vente ne peut pas plus dépendre de l'*arbitrium boni viri* de l'acheteur que de son *merum arbitrium*. On objecte vainement la possibilité d'une donation. La donation ne se présume point et dans l'espèce la volonté de donner n'est pas établie; d'ailleurs les donations supérieures à 500 solides exigent l'insinuation. — (22) D. 17, 2, *pro socio*, L. 6.

(23) C. 5, 11, *de dot. promiss.*, L. 3; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 69 § 4.

(24) D. 17, 2, *pro socio*, L. 63 pr. i. f.

(25) D. 19, 2, *loc.*, L. 25 pr. initio. Contra THIBAUT, I, § 382, et ARNDTS, § 300 et *Anm.* 3, *a*. Mais voyez en notre sens les auteurs cités à la note 27.

(26) Arg. D. 20, 1, *de pignor.*, L. 16 § 9 « Potest ita fieri pignoris datio et hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc aestimandam : hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt ». Cf. MAYNZ, II, § 209, note 27.

prestation existe; il s'agit seulement d'en déterminer le montant; il s'est formé un contrat réel innomé, qui donne lieu à l'action *praescriptis verbis*(27).

2° Le contrat qui nomme un arbitre pour fixer la prestation de l'une des parties, est conditionnel; il est conclu sous la condition ' si l'arbitre désigné fixe la prestation ' ' *si Titius rem aestimaverit* '(28). En conséquence, si l'arbitre désigné ne veut pas fixer la prestation ou bien s'il ne peut pas la fixer par suite de son décès, de son absence ou de son aliénation mentale, le contrat est réputé non avenu; l'un des contractants n'a pas le droit d'exiger la nomination d'un nouvel arbitre, de commun accord ou en justice. La condition sous laquelle les parties ont contracté, est défaillie. On ne peut soutenir que, malgré la désignation d'une personne déterminée, les parties ont eu en vue un arbitrage équitable, un *boni viri arbitrium*; elles ont plutôt placé leur confiance en un tiers déterminé et rien ne prouve qu'à défaut de celui-ci elles aient voulu s'en rapporter au règlement d'une autre personne(29). Si au contraire l'arbitre désigné fixe la prestation, le contrat est conclu conformément à son arbitrage, car la condition du contrat s'est réalisée; aucune des parties ne peut réclamer du chef de lésion(30).

(27) Arg. I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 1, v^is^ Qua de causa....., et D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 22. En ce sens MOLITOR, cité, I, n° 397 i. f. Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 441, note e i. f., VANGEROW, III, § 632, *Anm.*, n° I, 2°, b i. f., MAYNZ, II, § 226 et note 25, et WINDSCHEID, II, § 386, note 6 i. f. Cf. la note 36 du présent paragraphe.

(28) I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 1, v^is^ Alioquin si.....; I. 3. 24, *de loc. et cond.*, § 1 initio; D. 19, 2, *loc.*, L. 25 pr., v^is^ sin autem ille.....; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 15.

(29) I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 1, v^is^ Sin autem ille.....; I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 1 initio; D. 17, 2, *pro socio*, L. 75; D. 19, 2, *loc.*, L. 25 pr., v^is^ sin autem ille.....; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 15 § 2-3. En ce sens MOLITOR, cité, I, n° 393 i. f., WINDSCHEID, II, § 386, note 5, et l'opinion commune. Contra BARON, § 208, II, ad 2 initio, qui soutient que l'arbitre désigné faisant défaut, l'estimation se fait par le juge.

Cependant, si quelqu'un s'est engagé à faire une prestation pour un prix à fixer par Tertius et qu'il exécute cette prestation, à défaut par Tertius de fixer le prix, celui-ci sera fixé par le juge. Dans l'espèce, l'obligation de payer un prix est certaine; il s'agit seulement d'en déterminer le montant; il y a un contrat réel innomé; arg. I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 1, v^is^ Qua de causa....., et D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 22. Cette règle doit être appliquée au cas où des personnes se sont mises en société pour des parts à fixer par Tertius et ont fait des opérations sociales, sans que Tertius ait rempli l'arbitrage. Cf. UNTERHOLZNER, cité, II, § 441, note e i. f., VANGEROW, III, § 632, *Anm.*, n° I, 2°, b i. f., MAYNZ, II, § 226, note 25, WINDSCHEID, II, § 386, note 6 i. f., et le présent paragraphe n° II, 1° i. f.

(30) Ce point était controversé parmi les anciens jurisconsultes romains; GAIUS, III, 140. Justinien trancha la question dans le sens indiqué; I. 3, 23, *de*

La règle vient à cesser lorsque l'arbitrage a eu lieu de mauvaise foi ; dans ce cas, la partie lésée peut en demander la rescision sur le fondement du dol de l'arbitre(31) ; on doit admettre que les parties ont eu en vue un *boni viri arbitrium* du tiers désigné. Il est certain qu'une sentence arbitrale rendue par un arbitre coupable de dol n'oblige pas les parties compromettantes(32); ce principe doit être étendu par analogie à notre espèce(33). D'ailleurs le droit de faire rescinder un arbitrage entaché de dol est constant quand il s'agit de la fixation des parts sociales(34) et il n'existe aucun motif de ne pas généraliser ce droit(35). L'estimation du tiers lie seulement les

empt. et vend., § 1, v^is^ Alioquin si..... ex vendito agente, et v^is^ Quod jus cum.....; I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 1 initio; D. 19, 2, *loc.*, L. 25 pr., v^is^ sin autem quanti..... pervenire; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 15 pr., § 1 et 3.

(31) par l'action naissant du contrat de bonne foi (D. 17, 2, *pro socio*, L. 79) ou par une action *in factum*, s'il s'agit d'un contrat de droit strict, indépendamment de l'action de dol contre l'arbitre.

(32) C. 2, 55 (56), *de recept.*, L. 3 " Arbitrorum ex compromisso sententiae " non obtemperans, *si sordes vel evidens gratia eorum qui arbitrati sunt intercessit*, " adversus filiam tuam agentem ex stipulatu exceptione doli mali uti poteris. " Sed et ex doli clausula, quae compromissi stipulationi subici solet, filiam tuam " convenire non vetaberis ".

Ainsi, la méchanceté (*sordes*) et la partialité évidente (*evidens gratia*) des arbitres donnent lieu pour la partie lésée à une exception de dol contre son cocontractant. De plus, si celui-ci a participé au dol de l'arbitre, il est soumis, soit à l'action *ex stipulatu* naissant de la *clausula doli* ajoutée au compromis (L. 3 cit.), soit, subsidiairement, à l'*actio doli*.

De même, par cela seul que l'arbitre s'est montré en d'autres circonstances l'ennemi manifeste de l'une des parties (Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset), le D. 4, 8, *de recept.*, L. 32 § 14, accorde à celle-ci l'exception de dol contre le cocontractant. Cf. T. IV, § 463, II, 3° initio.

(33) Arg. D. 17, 2, *pro socio*, L. 76 i. f., L. 77. Ce passage nous fournit un argument à fortiori; il attribue plus de force à la sentence arbitrale qu'à la décision d'un arbitre désigné en dehors d'une contestation. Dans le premier cas, il faut, dit-il, accepter la sentence, qu'elle soit juste ou injuste (*ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus*). Dans le second, on a droit à un *boni viri arbitrium* (*ut ad boni viri arbitrium redigi debeat*).

(34) D. 17, 2, *pro socio*, L. 76-80. Les L. 76 i. f. et 78 ne fondent pas leur décision sur les rapports de fraternité qui existent entre associés, mais sur ce que les parties ont eu en vue un *boni viri arbitrium*; cette considération s'applique à tous les cas où un arbitre a été désigné pour fixer la prestation de l'un des contractants. Le jurisconsulte indique en outre ce motif que la société est un contrat de bonne foi L. 78); il en est de même de la vente et du louage.

(35) On peut encore argumenter du D. 50, 17, *de R. J.*, L. 22 § 1, du D. 19, 2, *loc.*, L. 24 pr., et du D. 17, 2, *pro socio*, L. 76 i. f., L. 77 cbn. avec L. 78-79. L'*arbitrium* doit être un *boni viri arbitrium* à l'occasion de tous les contrats de bonne foi (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 22 § 1) et en particulier de la *locatio conductio operis*; D. 19, 2, *loc.*, L. 24 pr.; D. 17, 2, *pro socio*, L. 76 i. f., L. 77. S'il est fait de mauvaise foi, il n'a pas ce caractère; donc il doit pouvoir être attaqué. Précisé-

parties d'une manière absolue s'il résulte du contrat ou des circonstances qu'elles s'en sont rapportées à la volonté pure et simple, au *merum arbitrium* du tiers; alors chacune d'elles s'est engagée d'avance à accepter un arbitrage tel quel(36).

§ 373. DE LA POSSIBILITE DE LA PRESTATION.

L'impossibilité d'une prestation peut être physique ou juridique.

I. Une prestation est physiquement impossible lorsqu'elle est

ment le D. 17, *pro socio*, L. 78-79, permet d'attaquer l'arbitrage ouvertement inique des parts sociales, parce qu'il ne constitue pas un *boni viri arbitrium*.

On objecte qu'aux termes de plusieurs textes (I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 1; D. 19, 2, *loc.*, L. 25 pr.; C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 15 § 1), l'estimation du prix de vente ou de bail, faite par l'arbitre, doit être acceptée par les contractants d'une manière absolue, *omnimodo*. Mais le dol fait toujours exception au droit commun, et nul ne contestera que, nonobstant les dits textes, l'arbitrage ne soit frappé d'inefficacité si l'un des contractants l'a obtenu à l'aide de manœuvres frauduleuses; D. 19, 2, *loc.*, L. 24 pr. i. f. Donc nos adversaires eux-mêmes doivent, en cas de dol, abandonner l'absolue validité de l'arbitrage.

(36) En ce sens UNTERHOLZNER, cité, II, § 441 et note g, THIBAUT, I, § 382 i. f., VANGEROW, III, § 632, *Anm.*, n° I, 2, b initio, et BARON, § 208, II, ad 2 initio. Cf. MÜHLENBRUCH, I, § 130, note 5.

Contra, sauf pour la société, SCHILLING, III, § 290, 2 i. f., MOLITOR, cité, T. I, n° 394, T. II, n° 638, et MAYNZ, II, § 209 et note 28 initio, § 226, 4°.

L'arbitrage peut-il être attaqué par le vendeur pour lésion d'outre moitié? Non; le motif de la rescision pour lésion, l'exploitation du besoin de vendre du propriétaire, n'existe point. Pour MOLITOR, cité, I, n° 395. Contra MAYNZ, II, § 209, note 28 initio.

Quid si l'on déclare, vendre ou louer ' pour un prix à convenir ultérieurement '? Il n'y a ni vente, ni bail; les parties ne veulent pas contracter présentement. Mais, si la prestation de la chose ou de la jouissance promise s'effectue, le prix à payer pour cette prestation sera fixée par le juge. L'obligation de le payer est évidente, il s'agit seulement d'en fixer le montant; l'obligation se fonde sur un contrat réel innomé; I. 3, 24, *de loc. et cond.*, § 1, v^is^ Qua de causa.....; D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 22. Cf. le n° II, 1° i. f., du présent paragraphe, et MOLITOR, cité, I, n° 399 initio cbn. avec n°s 397 i. f. et 398.

Il en sera de même de la vente ou du bail conclu ' pour un juste prix '; arg. des textes précités.

Quid si l'on déclare vendre ' au prix courant du marché '? Il y a vente; le prix peut être déterminé par la simple constatation d'un fait matériel, un arbitrage est inutile. Cf. MOLITOR, cité, I, n° 399.

Il faut en dire autant de la déclaration d'acheter ' au prix courant du fournisseur '.

Nous admettons une vente au prix courant du vendeur et, subsidiairement, au prix courant du marché, si l'on commande des marchandises sans parler du prix. Cf. WINDSCHEID, II, § 386, note 6 i. f., et VANGEROW, III, § 632, *Anm.*, n° I, 2°, b i. f., qui se prononcent en général pour un contrat innomé, où le prix serait fixé par le fournisseur.

contraire aux lois de la nature[1]; la convention qui porte sur une semblable prestation, manque d'objet réel. Ainsi :

1° On ne peut stipuler une chose qui n'existe pas actuellement et n'est pas susceptible d'arriver à l'existence[2]. Il va de soi que la stipulation peut avoir pour objet des choses futures susceptibles d'arriver à l'existence, telles que la récolte à faire l'année prochaine sur un fonds de terre[3]. Il est même possible de stipuler la simple espérance de voir exister des choses futures; cette stipulation porte sur une chose incorporelle, la chance ou l'*alea*[4]. La stipulation aura pour objet une chose qui n'existe pas actuellement et n'est pas susceptible d'existence future, si la chose stipulée a péri au moment du contrat; par exemple on a acheté un cheval mort, une maison incendiée[5], etc.[6]. En ce qui concerne spécialement l'incendie de la maison stipulée, le contrat est nul, bien que le terrain subsiste; malgré cette circonstance, il y a perte totale de la chose stipulée et non pas seulement perte partielle; c'était la maison qui faisait l'objet du contrat, c'était elle et non le terrain que l'on voulait acquérir; elle a complètement péri[7]. Il en est de même si l'on a stipulé un terrain en considération des plantations qui s'y trouvaient et que celles-ci aient péri au moment du contrat[8]. Au point de vue de la validité de la convention, il est indifférent que les parties aient connu ou ignoré la perte de la chose au moment où elles ont contracté; un contrat sans objet ne se comprend pas et la bonne ou la mauvaise foi des parties est impuissante à lui donner

(1) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 35 pr. « Si stipulor, ut id fiat, *quod natura fieri non « concedit*, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari « non potest... ».

(2) Gaius, III, 97; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 1; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 15 pr., L. 57 pr. initio. — (3) D. *eod.*, L. 8 pr. initio.

(4) L. 8 cit. § 1 initio; cf. T. IV, § 397, II, B. On stipule aussi valablement une chose existante pour le cas où elle cesserait d'exister; pareille stipulation a pour objet l'estimation de la chose; C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 8 initio; cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 20.

(5) Gaius, III, 97; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 1; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 9. Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 7.

(6) On conçoit encore que, dans la fausse persuasion que tel auteur décédé a laissé un ouvrage déterminé, on stipule cet ouvrage, ou bien que, dans l'ignorance de la mort d'une esclave ou d'un animal, on stipule l'enfant ou le croît à naître. On se fait ici promettre des choses *qui n'ont jamais existé* et ne peuvent exister. Nos sources nous donnent, dans le même ordre d'idées, l'exemple baroque de la promesse d'un hippocentaure, animal fabuleux, partie homme partie cheval; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 1.

(7) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57 pr. initio.

(8) D. *eod.*, L. 58 « Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne « dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione « illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur... ».

l'existence[9]. C'est seulement par rapport aux dommages et intérêts qu'il y a lieu de s'enquérir de la bonne foi des parties. Si l'un des contractants a trompé l'autre au sujet de la perte de la chose, il lui doit des dommages et intérêts. Pour les obtenir, la partie trompée dispose même de l'action naissant du contrat, si celui-ci est de bonne foi, par exemple de l'*actio empti*[10] ou de l'*actio venditi;* en ce sens, le contrat est réputé exister, à l'effet d'exclure l'action de dol qui entraînait l'infamie pour le défendeur condamné. S'il s'agit d'un contrat de droit strict, il y a lieu à l'*actio doli*[11]. Mais que décider si une partie seulement de la chose a péri au moment du contrat? Ici la question de bonne ou de mauvaise foi des contractants acquiert une grande importance. Quatre cas peuvent se présenter. En vue de la clarté et à titre d'exemple nous nous attacherons au contrat de vente.

a) Le vendeur et l'acheteur ignoraient la perte partielle de

(9) Paul, D. *cod.*, L. 57 pr. « Domum emi, cum eam et ego et venditor « combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area « maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt... ». § 1 « Sin autem ven- « ditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam « venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit... ». § 3 « Quod « si uterque sciebat et emptor et venditor domum ssse exustam totam vel « ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et « judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non « concedente ».

« J'ai acheté une maison; le vendeur et moi nous ignorions que la maison « était brûlée. Nerva, Sabinus et Cassius disent que, quoique le sol subsiste, « rien n'a été vendu et que le prix payé peut être répété.

« Mais si le vendeur connaissait l'incendie de la maison, l'acheteur l'ignorant, « et que la maison tout entière ait été brûlée avant la vente, celle-ci est nulle.

« Si les deux contractants, acheteur et vendeur, savaient que la maison était « brûlée, en tout ou en partie, rien n'a été fait; car le dol se compense entre les « deux contractants et, dans le cas d'un dol réciproque, une action fondée sur la « bonne foi ne permet pas de maintenir la vente ».

Il faut suppléer, au moins par la pensée, le mot *venditionem* avant *stare* Haloander le supplée d'une manière effective.

Dans le cas d'un dol réciproque, aucune des parties ne peut agir contre l'autre, sur le fondement du dol, dans le but d'obtenir des dommages et intérêts. Elle ne peut se plaindre du dol de la partie adverse alors qu'elle-même a employé des manœuvres frauduleuses; en ce sens les deux dols se compensent entre eux; *dolus inter utramque partem compensatur.* Cf. T. III, § 376 et note 46.

Non obstat L. 57 cit. § 2. Ce passage concerne exclusivement la perte partielle de la maison vendue. Il ne le dit pas en termes exprès; mais, à la fin du § 1, Paul s'était occupé de la perte partielle et, au § 2, il continue naturellement à traiter la même hypothèse. Sa décision *(venditionem stare)* ne convient en aucune façon à la perte totale de la maison. Cf. note 16 du présent paragraphe.

(10) Arg. I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5.

(11) Arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 7 § 3.

la chose. Il faut voir si la perte affecte ou non la majeure partie de la chose. Dans la première hypothèse, l'acheteur peut ou bien se désister de la vente, ou bien la maintenir en réclamant une diminution proportionnelle du prix. Cette option accordée à l'acheteur est rationnelle. Si l'acheteur avait connu, lors du contrat, la perte de la majeure partie de la chose, tantôt il n'eût pas contracté du tout, tantôt il n'en eût pas moins acheté la partie restante de la chose, mais moyennant une réduction proportionnelle du prix. Dès lors, s'il a conclu la vente par erreur et a seulement connu la vérité plus tard, il doit être autorisé également à prendre l'un de ces deux partis. Mais lorsque ce qui a péri ne représente que la moitié de la chose ou moins de la moitié, l'acheteur doit en général se contenter d'une diminution proportionnelle du prix; le plus souvent, s'il avait connu une pareille perte, cette circonstance ne l'eût pas empêché d'acheter la chose moyennant une réduction proportionnelle du prix(12). Toutefois, la règle ne doit pas être suivie d'une manière absolue; l'acheteur peut se désister du contrat en prouvant qu'il n'eût pas contracté du tout s'il avait connu la perte partielle(13).

b) Le vendeur seul avait connaissance de la perte partielle. Il y a lieu d'appliquer les principes généraux sur le dol commis à l'occasion des conventions(14). Il faut voir si le dol du vendeur a été principal ou accessoire, s'il a déterminé l'acheteur à conclure

(12) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57 pr., Paul, « Sed si pars domus maneret, « Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compel- « latur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est « repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc « coarctandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitratu « habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab « hujus praestatione liberetur ».

" Mais si une partie de la maison subsiste, Neratius dit que, pour la solution " de la question de la validité de la vente, il importe beaucoup de savoir quelle " partie de la maison subsiste après l'incendie. Si la plus grande partie de la " maison a été brûlée, l'acheteur ne sera pas forcé de tenir la vente, mais il répè- " tera ce que peut-être il a payé sur le prix. Si au contraire la moitié de la " maison ou une partie moindre que la moitié a été brûlée, alors l'acheteur est " contraint de tenir la vente, en ce sens qu'après une estimation faite par " l'arbitrage d'un homme honnête, il sera libéré de la prestation de la moins- " value de l'immeuble par suite de l'incendie ".

Le commencement du principium de la loi 57 (note 9) prouve que Paul suppose la bonne foi chez les deux parties.

La Florentine et Mommsen lisent *pars domus incendio consumpta*; la Vulgate, Haloander et Kriegel lisent *consumptae*.

(13) Le D. 18, 1, *de contr. emp.*, L. 57 pr. i. f., ne fait que poser la règle générale; il n'est pas contraire au tempérament indiqué. Cf. Maynz, II, § 201, note 9 i. f. — (14) Cf. § 376, II, 1°.

un marché que, sans les manœuvres frauduleuses, il n'eût conclu en aucune façon, ou bien s'il l'a seulement déterminé à accepter des conditions plus onéreuses. Dans le premier cas, l'acheteur peut agir en rescision du contrat; dans le second, il doit se contenter de dommages et intérêts(15).

c) *L'acheteur seul connaissait la perte partielle.* Ici la vente produit tous ses effets : l'acheteur ne peut agir ni en rescision du contrat, ni en dommages et intérêts ou en diminution du prix. Il a contracté en pleine connaissance de cause; en achetant la chose au prix convenu, il a dû prendre en considération la perte partielle; il n'a payé que la portion restante de la chose; il n'y a aucun motif de venir à son secours(16).

d) *Le vendeur et l'acheteur connaissaient la perte partielle.* On doit suivre les règles générales sur le dol réciproque en matière de conventions(17). Aucune des parties ne peut demander, ni l'exécution du contrat, ni sa rescision, des dommages et intérêts ou une diminution du prix; elle ne peut pas même répéter ce qu'elle a payé; en toute hypothèse on maintient le statu quo(18).

(15) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57 § 1, Paul, " Si vero quantacumque pars " aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emptori quod interest " restituere „.

" Mais s'il subsiste une partie quelconque du bâtiment, il y a vente et le ven- " deur doit prester des dommage et intérêts à l'acheteur „.

Il résulte du commencement du § 1 de la loi 57 (note 9) que Paul s'occupe ici de l'hypothèse où le vendeur seul connaissait la perte. Si l'on prenait sa décision à la lettre, l'acheteur trompé par le vendeur ne pourrait jamais poursuivre la rescision du contrat, pas même dans le cas d'un dol principal. Cette solution serait contraire aux principes les plus constants et les plus rationnels sur le dol. Pour concilier le passage de Paul avec ces principes, il suffit de remarquer qu'une action en dommages et intérêts de l'acheteur conduit logiquement à la rescision de la vente si le dol du vendeur a été principal; arg. D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 43 § 6, et D. 19 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 3.

(16) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57 § 2, Paul, " Simili quoque modo ex diverso " tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat : et hic " enim oportet et venditionem stare et omne pretium ab emptore venditori, si " non depensum est, solvi vel si solutum sit, non repeti „.

" Nous devons décider la même chose dans le cas inverse où l'acheteur con- " naissait la perte partielle, tandis que le vendeur l'ignorait; en effet, ici égale- " ment il faut admettre que la vente subsiste et que le prix tout entier doit être " payé par l'acheteur au vendeur, s'il ne l'a pas encore été, ou bien que déjà " payé il ne peut être répété „.

Dans ce passage, Paul a en vue le cas d'une perte partielle de la maison, comme dans la phrase immédiatement antérieure ; § 1 i. f.

(17) Cf. § 376, II, 2°.

(18) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57 § 3. Ce texte applique à la perte partielle comme à la perte totale la décision *nihil actum fuisse.* Mais, au point de vue de la perte partielle, ces mots signifient seulement que la vente est inefficace et non

Les mêmes règles sont applicables dans les contrats bilatéraux autres que la vente. Quant aux contrats unilatéraux, la perte partielle de la chose stipulée n'empêche jamais le contrat d'être valable pour la partie restante de la chose; car le stipulant a toujours intérêt à recevoir la partie restante plutôt que rien[19]. En outre le stipulant trompé par le promettant au sujet de la perte partielle a droit à des dommages et intérêts[20].

2° On ne peut pas davantage stipuler sa propre chose[21], ni stipuler par rapport à elle un droit quelconque, réel ou de créance[22]. Il est impossible d'acquérir une chose dont on est déjà propriétaire[23] ou d'acquérir relativement à elle un droit autre que la propriété; ce dernier droit étant illimité comprend tous les droits imaginables. D'après cela sont nulles les conventions par lesquelles quelqu'un achète sa propre chose[24], la prend en location[25] ou bien la reçoit en commodat[26], en dépôt[27], en hypothèque[28], à titre précaire[28], etc. Il est indifférent que le stipulant ait ignoré ou connu la condition de la chose[29]. Et la stipulation ne devient pas valable par cela seul que le stipulant cesse d'être propriétaire de la chose stipulée; la convention inexistante doit toujours demeurer telle[30]. Mais celui qui achète sciemment sa propre chose, veut faire donation du prix; à ce point de vue il existe une convention valable[30a]. Le principe qui défend de stipuler sa propre chose, s'admet que des exceptions apparentes :

qu'elle est inexistante. Ils s'expliquent par la circonstance que Paul s'occupait aussi de la perte totale et par la considération que la vente inefficace équivaut généralement en fait à la vente inexistante; elle ne produit aucune action efficace. — (19) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 22 initio. — (20) Arg. L. 22 cit. i. f.

(21) Gaius, III, 99 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 82 pr. initio. Cf. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 22, et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 87. — (22) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45 pr.

(23) Gaius, III, 99 i. f.; I. 4, 6, *de action.*, § 14, vis nec res quae jam actoris est magis ejus fieri potest.. „. Cette impossibilité est d'ordre physique, quoiqu'elle se complique d'une imposibilité juridique.

(24) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45 pr.; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 39 pr.; C. 4, 38, *eod.*, L. 4 initio, L. 10. — (25) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45 pr.

(26) D. 16, 3, *depos.*, L. 15. — (27) L. 15 cit.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45 pr.

(28) L. 45 pr. cit.

(29) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 16 pr. initio. *Non obstat* D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 10. — (30) Arg. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 29.

(30a) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 16 pr. *Quid* si le copropriétaire ou l'usufruitier d'une chose stipule l'un la chose entière, l'autre la pleine propriété? La stipulation vaut seulement pour la quote-part qui n'appartient pas au stipulant (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 18 pr.) ou pour la nue propriété; arg. D. *eod.*, L. 16 § 1, L. 17; pour le surplus elle manque d'objet. Donc, dans le cas de vente, il y a lieu à une réduction proportionnelle du prix (L. 17, L. 18 pr., cit.), à moins qu'on ait acheté sciemment sa propre chose, auquel cas il y a donation d'une partie du prix de vente; arg. D. *eod.*, L. 16 pr.

a) Le propriétaire d'une chose la stipule valablement pour le cas où il viendrait à en perdre la propriété[31]. Il peut même la stipuler sous une autre condition; alors l'efficacité de la convention dépend du point de savoir si, au moment de l'accomplissement de la condition, le stipulant a conservé ou perdu la propriété de la chose; s'il l'a perdue, la stipulation produit ses effets[32]. Sous ces rapports, la prestation contractuelle ne renferme aucune impossibilité.

b) Pour le même motif, le propriétaire peut stipuler purement et simplement des droits quelconques appartenant à des tiers relativement à sa chose. Tout d'abord, si un tiers a sur la chose un droit réel (servitude personnelle ou prédiale, emphytéose ou superficie), il est loisible au propriétaire de stipuler ce droit réel[33]. De même on peut stipuler sa propre chose si l'on n'en a que la propriété révocable ou même qu'on peut être tenu de la restituer à un tiers en vertu d'un rapport obligatoire[34]. Si la chose est possédée par un tiers, le propriétaire peut encore en stipuler la possession, dans le but d'éviter une revendication et de disposer des interdits possessoires[35]. Rien n'empêche non plus le propriétaire d'une chose qui n'en a pas l'usage, de stipuler celui-ci, par exemple de recevoir sa chose à bail, en commodat ou à titre précaire, soit d'un usufruitier, soit d'un créancier gagiste[36]. Mentionnons encore les nombreux contrats où le propriétaire livre sa chose à une autre personne, en stipulant qu'elle lui sera restituée à terme[37]. Mais la validité de ces diverses stipulations suppose qu'elles portent sur le droit du tiers relativement à la chose du stipulant; le stipulant doit donc connaître ce droit[38].

(31) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 61.

(32) L. 61 cit.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 31, L. 98 pr. — (33) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56 § 6.

(34) Tel est le cas où le propriétaire est exposé à la *querela inofficiosae donationis;* C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 4.

(35) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 4 " Rei suae emptio tunc valet, cum ab " initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in judicio " possessionis potior esset „; D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 28, v^is^ Nam et si rem meam..... stipulatio. Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 29 § 1.

(36) D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 28; D. 43, 26, *de prec.*, L. 6 § 4. Pour séparer ces baux et ces précaires des baux et précaires portant sur la chose du bailleur ou du concédant, les textes précités disent qu'ils ont pour objet la possession et non la propriété de la chose. Ils sont consentis non pas par le propriétaire de la chose, mais par quelqu'un qui en a la possession ou la détention en vertu d'un droit réel Voyez surtout le D. 43, 26, *de prec.*, L. 6 § 4 " Mihi videtur " verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non pro- " prietatis.. „.

(37) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 82 pr. " sane rem meam mihi restitui recte stipu- " lari videor „.

(38) Que décider si le propriétaire qui stipule, en prenant par exemple en

3° On ne peut stipuler pour partie une prestation indivisible telle que la constitution d'une servitude prédiale[39].

4° Est également nulle la promesse du fait d'un tiers. Ce fait n'est pas au pouvoir du promettant; on ne peut prester que son propre fait et non le fait d'un tiers[40].

Voilà autant de prestations contraires aux lois de la nature. Mais une chose, sans être en opposition avec les lois naturelles, peut être impossible pour le promettant, être au-dessus de ses forces personnelles. Cette dernière impossibilité, qu'on appelle relative (*difficultas*), tandis que la première est absolue (*impedimentum naturale*), ne vicie pas la convention; le promettant qui ne peut remplir son engagement, est tenu de payer des dommages et intérêts[41]. Ce

location sa propre chose, est en même temps possesseur? S'il a connu sa possession, il faut admettre qu'il a voulu y renoncer et devenir simple détenteur; donc le bail est valable. Mais s'il a ignoré sa possession, il est impossible de lui attribuer l'intention d'y renoncer; il la conservera donc et le bail qu'il a conclu sera nul faute d'objet.

D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 28 " Si aliquam rem possideam et eandem postea " conducam, an amittam possessionem? Multum refert in his, quid agitur: " primum enim refert, utrum sciam me possidere an ignorem: et utrum quasi " non meam rem conducam an quasi meam: et sciens meam esse, utrum quasi " proprietatis respectu an possessionis tantum. Nam et si rem meam tu possideas " et ego emam a te possessionem ejus rei vel stipuler, utilis erit et emptio et " stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio *(meae rei utiliter fiant, ubi?)* " specialiter possessionie solius conducendae vel precario rogandae animus " interveniat „. — (39) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 72 pr. initio.

(40) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 3 et 21; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 pr. initio; cf. T. III, § 393, II initio et *litt.* A. Voyez encore le Code 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 8 " Non moriturum praestari servum impossibilis promissio " est... „, le D. 50, 17, *de R. J.*, L. 31 " Verum est neque pacta neque stipulationes " factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipula- " tione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit (la " stipulation d'une chose impossible ne peut créer une action efficace et le pacte " relatif à une chose impossible ne peut créer un fait donnant lieu à une obliga- " tion naturelle et à une exception; *Traduction allemande du Corpus juris*, ad h. l.) „ et le D. 2, 14, *de pact.*, L. 34.

Promet-on valablement à Rome de faire le même jour un payement à Carthage? Non, à moins que ce payement ne puisse avoir lieu par l'intermédiaire de représentants avertis d'avance par les contractants; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 141 § 4.

Peut-on promettre de bâtir une maison à sa mort *(cum moriar)*? Non, d'après les anciens jurisconsultes romains, à cause de l'impossibilité de construire un édifice à l'instant de la mort (C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 15 pr. initio), oui, en vertu d'une constitution de Justinien, qui admet dans l'espèce une promesse à terme, dont l'exécution incombe aux héritiers du promettant; L. 15 cit. pr. et § 1.

(41) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 5 " Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non " possit, cum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit „

système est rationnel; le promettant doit s'imputer à lui-même d'avoir pris un engagement qui dépasse ses forces et supporter les conséquences de sa faute; le stipulant ne doit pas en souffrir; il a dû compter sur l'exécution de la promesse. Par exemple, quelqu'un s'est engagé à faire une livraison de marchandises dans un délai convenu et il n'est pas parvenu dans ce délai à se procurer la quantité de marchandises promise(42). Ou bien quelqu'un devait livrer des marchandises à bref délai dans une ville éloignée et il n'a pu, avec les moyens de transport dont il disposait, arriver en temps utile au lieu convenu(43). Ou bien, indépendamment du temps et du lieu du payement, la quantité de marchandises promise dépasse les moyens du promettant. Ou bien encore quelqu'un s'est engagé à faire un travail qu'à raison de son inexpérience, il n'a pu exécuter ou qu'il n'a pu achever dans le délai convenu. — Mais l'application la plus importante du principe d'après lequel l'impossibilité relative au promettant n'entraîne pas la nullité de la convention, concerne la promesse de la chose d'autrui. On peut promettre la chose d'autrui par une convention quelconque (stipulation(44), vente(45), louage(46), donation(47), etc.); rien n'empêche non plus de donner la chose d'autrui en commodat(48), en dépôt(49) ou en gage(50); elle pourrait même faire l'objet d'une convention d'échange. Les contrats qui consistent dans une dation, comme le prêt de consommation(51) et l'échange(52), font seuls exception à la règle; la circonstance que la chose appartient à autrui, rend impossible la dation qui est la condition du contrat. L'effet de la promesse de la chose d'autrui est d'obliger le promettant à se procurer cette chose en traitant avec le propriétaire, pour la livrer ensuite au stipulant(53); s'il ne parvient pas à en faire

et 4 " Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum " quae promittuntur... Et generaliter causa difficultatis ad incommodum pro- " missoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.. „. Cf. T. III, § 300, note 11 initio.

(42) Cf. L. 137 § 4 cit. initio, et T. III, § 300, note 11 initio.

(43) Cf. L. 137 § 4 cit., où il est question de la promesse faite à Rome de payer Stichus qui était à Éphèse; cette dernière circonstance n'empêche pas le débiteur de devoir Stichus sans terme à Rome; T. III, § 300, note 6, p. 85-86.

(44) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 15 § 3 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 4 i. f.

(45) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 28.

(46) D. 19, 2, *loc.*, L. 9 pr.; C. 4, 65, *de loc.*, L. 6.

(47) D. 39, 5, *de donat.*, L. 18 § 3. — (48) D. 13, 6, *commod.*, L. 15, L. 16.

(49) D. 16, 3, *depos.*, L. 31 § 1.

(50) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 9 § 4, L. 22 § 2. Nous entendons parler de la validité du contrat de gage; il va de soi qu'il n'y aura pas de droit réel de gage; T. IV, § 402, 2°. — (51) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2 § 4, L. 16.

(52) D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1 § 3.

(53) ou bien à déterminer le propriétaire à la donner directement au créancier.

l'acquisition, il est tenu à des dommages et intérêts[54]. Peu importe, quant à la validité du contrat, que le promettant ait connu ou ignoré la véritable condition de la chose. Cette théorie du droit romain est inattaquable. La convention par laquelle on s'engage à livrer la chose d'autrui, a pour but d'imposer au promettant l'acquisition de cette chose[55]. Or l'acquisition de la chose d'autrui ne présente aucune impossibilité, soit physique, soit juridique. Les lois de la nature n'y mettent pas obstacle. Sans doute il se peut que le promettant ne réussisse pas à acheter la chose, auquel cas il lui sera impossible d'en faire la délivrance au stipulant. Mais cette impossibilité est purement relative; elle constitue, comme disent nos sources[56], une simple *difficultas* et non un *impedimentum naturale*; or il est de principe qu'une impossibilité simplement personnelle au promettant ne le dégage pas de son obligation. Dans l'espèce il savait ou devait savoir que la chose promise ne lui appartenait point; il doit s'imputer à lui-même d'avoir pris un engagement qui était au-dessus de ses forces. Il ne peut pas davantage être question d'une impossibilité juridique; la promesse de la chose d'autrui ne renferme rien d'illicite ni d'immoral; quoi d'illicite ou d'immoral dans l'engagement d'acheter la chose d'autrui, si le propriétaire consent à la vendre? En ce qui concerne spécialement la vente de la chose d'autrui, on s'efforce souvent de justifier ou d'excuser le droit romain d'une manière erronée. Cette vente, dit-on, serait nulle si le vendeur était tenu de rendre l'acheteur propriétaire; mais il doit seulement lui procurer la libre possession de la chose, ce qu'il peut faire sans être propriétaire. Supposons un instant que, d'après le droit romain, l'obligation du vendeur eût pour objet un transfert de propriété; encore dans cette hypothèse, la vente de la chose d'autrui serait-elle valable, comme la stipulation *dandi* de la chose d'autrui[57] et toute autre convention portant sur la dation d'une pareille chose[58]. La validité de la promesse de la chose d'autrui ne souffre exception que s'il s'agit d'une chose volée et encore

(54) à moins que la promesse n'ait été faite à titre gratuit et de bonne foi. De même, s'il livre la chose au stipulant sans en avoir fait l'acquisition préalable et que le stipulant en soit évincé, il y a lieu à un recours en garantie du chef d'éviction. Toutefois, dans le cas d'une convention à titre gratuit, ce recours suppose un dol de la part de l'auteur de la libéralité; cf. T. III, § 387, I, A.

(55) Cela est évident si le promettant a connu la condition de la chose. S'il l'a ignorée, cette ignorance lui est imputable et ne peut nuire au stipulant.

(56) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 4 i. f. cbn. avec l'initium.

(57) D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 15 § 3 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 4 i. f.

(58) Ainsi encore le legs de la chose d'autrui est valable, nonobstant la dation à faire par l'héritier, à moins que le testateur n'ait ignoré la condition de la chose léguée; I. 2, 20, *de leg.*, § 4.

seulement pour autant que le stipulant ou bien les deux parties aient connu la nature furtive de la chose. Si les deux parties l'ont connue, à raison de ce dol réciproque, la convention est frappée d'inefficacité des deux côtés(59). Si le stipulant seul a eu connaissance du vol, il a trompé le promettant et son action en délivrance de la chose peut être repoussée par une exception de dol(60); toutefois, lorsque le promettant a fait spontanément la tradition, il a droit à la prestation réciproque qu'il a stipulée, par exemple au prix de vente(61). La promesse de la chose volée produit tous ses effets si le promettant seul a connu la condition de la chose; son dol ne le dispense pas de l'obligation de la livrer ou de payer des dommages et intérêts, comme il ne le prive pas de son droit au prix de vente après l'exécution de son obligation(62). Si le promettant et le stipulant étaient de bonne foi, le contrat est également valable; le promettant doit s'imputer à lui-même d'avoir promis une chose volée(63).

II. La prestation est juridiquement impossible lorsqu'elle est contraire à une loi de l'État, ce qui arrive dans deux circonstances différentes. D'abord elle a ce caractère lorsque, en vertu d'une disposition de la loi, elle ne peut pas s'effectuer; tel est le cas où l'on vend, soit une chose hors du commerce(64), soit une chose dans le commerce dont la loi défend l'aliénation(65). Dans l'espèce, la prestation convenue est aussi impossible que celle d'une chose qui a péri le jour du contrat, peu importe que ce soit à cause d'une disposition légale et non pas à cause des lois naturelles; la convention manque absolument d'objet par suite d'une impossibilité juridique dans le sens propre du mot. Ensuite il y a des faits contraires à des lois d'intérêt général, c'est-à-dire à des lois pénales; ce sont les délits. Tout en étant matériellement possibles, les délits ne doivent pas se commettre et, en ce sens, ils sont juridiquement impossibles(66). S'ils font l'objet d'une convention, ils la rendent inexistante(67); la loi ne peut lui attribuer aucune valeur, sinon elle

(59) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 3 initio.

(60) L. 34 § 3 cit. « si emptor solus scit, non obligabitur venditor.. „.

(61) L. 34 § 3 cit. « nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet.. ». — (62) L. 34 § 3 cit. i. f.

(63) Arg. L. 34 § 3 i. f. cit. Cf. Molitor, cité, I, n° 382 initio, et Maynz, II, § 199, note 20. D'autre part, celui qui vend sciemment la chose d'autrui, volée ou non volée, sans en avertir l'acheteur, commet le crime de stellionat; C. 9, 34, *de crim. stellion.*, L. 2; D. 47, 20, *stellion.*, L. 4.

(64) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio. — (65) C. 8, 36 (37), *de litig.*, L. 5 (L. 4).

(65) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 6. — (66) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 6.

(67) D. 2, 14, *de pact.*, L. 38 " Jus publicum privatorum pactis mutari non " potest „, et D. 50, 17, *de R. J.*, L. 45 § 1 " Privatorum conventio *juri publico*

favoriserait les délits après les avoir défendus. Aux délits, qui sont contraires à une loi d'intérêt général, sont assimilés les faits immoraux, lesquels sont aussi contraires à l'intérêt général; la loi ne peut sanctionner des conventions tendant à commettre de semblables faits(68), sinon elle les encouragerait(69). D'après cela :

1° Sont nulles les conventions qui portent sur une chose hors du commerce(70), sans qu'il faille distinguer si les parties ont connu ou ignoré la condition de la chose(71). Ces conventions ont pour objet une prestation juridiquement impossible dans la pleine acception du mot; on ne peut acquérir un droit par rapport à une chose hors du commerce; la bonne ou la mauvaise foi des parties ne change rien à cette impossibilité. La convention relative à une chose hors du commerce reste nulle, bien que cette chose rentre plus tard dans le commerce; le néant doit toujours demeurer le néant, il ne peut devenir valable(72). — Est-il permis de stipuler une chose hors du commerce pour l'éventualité de sa rentrée dans le commerce? Le

« non derogat », cbn. avec D. 1, 1, *de just. et jure*, L. 1 § 2 « Publicum jus est « quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem : « sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim ..». — D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 16 « Et generaliter quotiens pactum a jure communi remotum est, servari hoc « non opertet »; le *pactum a jure communi remotum* est celui qui est contraire à une loi d'intérêt général. — Cf. D. *eod.*, L. 27 § 4. Ce passage déclare nul le *pactum a re* PRIVATA *remotum*; il entend par là le pacte qui s'écarte du domaine des intérêts privés; SINTENIS, *Traduction allemande du Corpus juris*, ad h. l; cf. POTHIER, *Pand. Justin.* 2, 14, n° 56, note *d.* Il est inutile de remplacer avec CUJAS (*Observ.* 1, 24) le mot *privata* par le mot *publica.* — Voyez encore D. 2, 14, *de pact*, L. 7 § 7, D. 45, 1, *de V. O*, L. 35 § 1, C. 1, 14, *de legib.*, L. 5 pr. (L. 5 pr. initio), et C 2, 3, *de pact.*, L. 6.

(68) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 26; C. 2, 3, *de pact.*, L. 6, L. 30 § 3 initio. Cf. D. 28, 7, *de cond. instit.*, L 15 i. f. — (69) Cf. T. I, § 73, II, 3°.

(70) GAIUS. III, 97; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio ; I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 6, L. 34 § 1 et 2 initio, L. 73 pr.; D 44, 7, *de O. et A.*, L. 1 § 9; D. 45, 1. *de V. O.*, L. 83 § 5 initio. Toutefois, la convention relative à un fonds dans le commerce s'étend aux lieux sacrés ou religieux que renferme le fonds à titre d'accessoires (D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 22-24), à moins que le promettant ne les ait réservés expressément (L. 22 cit. initio) ou tacitement; il y a réserve tacite d'un tombeau si un chemin public y conduit; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 53 § 1; cf. PAUL, I, 21, § 7. Voyez encore D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 32 " Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non " solum, sed jus vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad " privatos pertinet ", et D. 19, 1, *de A. E. V*, L 55.

(71) *Non obstant* D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 70, L. 4, L. 5, D. 21, 2, *de evict.*, L. 39 § 3, et C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 25. Ces textes prouvent seulement que l'acheteur de bonne foi d'une chose hors du commerce dispose d'un recours en dommages et intérêts contre le vendeur coupable de dol ou de faute. Cf. note 76 du présent paragraphe.

(72) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 8 § 5.

droit romain se prononce pour la négative[73]. Mais ce système n'est pas rationnel. D'après les principes généraux du droit, la stipulation dont il s'agit devrait être valable, sauf le cas où il serait immoral d'escompter la rentrée d'une chose dans le commerce, par exemple si l'on stipule un homme libre pour l'hypothèse où il deviendrait esclave[74]. C'est à tort que les jurisconsultes romains ont généralisé la règle relative à ce cas spécial. — Si la convention qui porte sur une chose hors du commerce, est frappée de nullité, la partie qui a trompé l'autre au sujet de la condition de la chose, n'en est pas moins tenue de lui payer des dommages et intérêts[75]. Elle est même soumise de ce chef à l'action naissant du contrat lorsque celui-ci est de bonne foi (*actio empti*[75], *actio venditi*, etc.); à ce point de vue le contrat est réputé exister, dans le but d'éviter l'action de dol qui entraînait l'infamie pour le défendeur condamné. Il y a seulement lieu à l'*actio doli* à l'occasion des contrats de droit strict[76]. — *Quid* si la chose stipulée est dans le commerce à l'époque de la convention, mais qu'elle en sorte après coup, avant que la convention ait reçu son exécution[77]? La convention cesse d'être valable; elle ne peut continuer à porter sur une prestation devenue juridiquement impossible; la loi ne peut plus la sanc-

(73) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 i. f.; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 2; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 5 « adeo enim, cum liber homo promissus est..... statim possunt.. ».

(74) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 2 « nec enim fas est ejusmodi casus exspectare »; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 5 « casum adversamque fortunam spectari « hominis liberi neque civile neque naturale est.. ».

(75) I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62 § 1. Ces textes qui visent seulement le cas où le vendeur trompe l'acheteur, doivent être étendus par analogie au cas où l'acheteur trompe le vendeur. Cf. Molitor, cité, I, n° 372.

(76) Arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 7 § 3. A notre avis, celui qui promet une chose hors du commerce, répond aussi d'une simple faute, pourvu qu'elle soit bien établie; il suffit qu'on puisse lui reprocher de ne pas avoir pris, avant de contracter, les renseignements nécessaires. C'est par application du même principe que celui qui vend une hérédité dans la conviction erronée qu'elle est sienne, est tenu envers l'acheteur, sans pouvoir se retrancher derrière sa bonne foi; D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 8, L. 9. Ainsi s'expliquent le D. 21, 2, *de evict.*, L. 39 § 3, et le C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 25, qui, dans le cas d'éviction d'une chose hors du commerce, accordent même contre le vendeur de bonne foi une action en dommages et intérêts ou en obtention de la somme stipulée pour le cas d'éviction. Si le D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 70, L. 4, L. 5, déclare valable la vente de choses hors du commerce dès que l'acheteur est de bonne foi, cette validité signifie seulement que l'acheteur a l'*actio empti* en dommages et intérêts. Cf. Molitor, cité, I, n° 371, et Maynz, II, § 199, Observ. 1 et notes 13 i. f. et 15, cbn. avec § 173, Observ. et note 30.

(77) Si elle était déjà exécutée, la mise hors du commerce est un accident qui frappe l'acquéreur; arg. D. 21, 2, *de evict.*, L. 11 pr.

tionner[78]. Mais le débiteur qui par son fait provoque la mise hors du commerce de la chose due, est tenu à des dommages et intérêts; car il manque à son obligation par sa faute[79]. — Est pareillement nulle la convention relative à une chose placée hors du commerce particulier du stipulant; elle aussi a pour objet une prestation juridiquement impossible[80]. — Mais la convention relative à une chose placée hors du commerce du promettant est valable; la prestation de cette chose ne présente qu'une impossibilité personnelle au promettant; celui-ci doit donc payer la valeur de la chose[81]. Un fonctionnaire provincial ne pouvait stipuler dans sa province que pour les besoins ordinaires de la vie; notamment l'achat d'immeubles lui était défendu[82]. Mais il promettait valablement des choses quelconques.

2° Sont frappées de nullité les conventions tendant à l'aliénation de choses que la loi défend d'aliéner [choses litigieuses[83], immeubles dotaux[84], etc.]. Mais ici encore le stipulant a une action en dommages et intérêts contre le promettant coupable de dol, l'action naissant du contrat de bonne foi ou l'*actio doli* s'il s'agit d'un contrat de droit strict[85].

3° Sont prohibées les conventions qui ont pour objet de faire commettre un délit; elles sont contraires à la loi qui punit ce délit dans l'intérêt général. Par exemple quelqu'un s'engage à tuer ou à injurier un tiers[86], ou bien des personnes s'associent en vue de commettre des délits tels que le vol ou la fabrication de la fausse monnaie; il n'y a pas de société de délits, *delictorum nulla est societas*[87].

4° Il n'est pas permis de stipuler qu'on ne répondra pas, soit d'un délit tel que le vol[88], soit d'un dol[89], dont on pourrait se

(78) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2, vis Item contra ..... extinguitur stipulatio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 5, vis Nam et cum quis.. ..... ad libertatem pervenerit.

(79) Arg. des textes cités à la note précédente, vis sine facto promissoris, sine facto ejus.

(80) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 2 initio; D. 20, 3, *quae res pignori*, L. 1 § 2 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 34. — (81) L. 34 cit.

(82) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62 pr.; D. 49, 16, *de re milit.*, L. 9 pr. initio; D. 1, 16, *de off. procons.*, L. 6 § 3.

(83) Cf. T. I, § 128, II, B, 3°. - (84) Cf. T. V, § 546, 3°.

(85) C. 5, 71, *de praed. v. al. reb. minor.*, L. 3. Le promettant répond même d'une simple faute; cf. note 76 du présent paragraphe, et Molitor, cité, I, n° 371 i. f.

(86) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 24; I. 3, 26, *de mand.*, § 7; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 26, L. 27 pr., L. 123.

(87) D. 17, 2, *pro socio*, L. 57; D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 1 § 14; D. 46, 1, *de fidej.*, L. 70 § 5. Voyez encore D. 17, 2, *pro socio*, L 3 § 3.

(88) D. 2, 14, *de pact.*, L. 27 § 4 " Pacta, quae turpem causam continent, non " sunt observanda : veluti si paciscar ne furti agam vel injuriarum, si feceris :

rendre coupable plus tard ; cette stipulation est immorale, parce qu'elle favorise le délit ou le dol, dont elle veut assurer l'impunité[90]. Mais, après que le délit ou le dol a été commis, on stipule valablement qu'on ne devra rien de ce chef[91]; il n'y a alors qu'une simple renonciation à un droit acquis et non un encouragement du délit ou du dol.

5° Sont nulles les conventions conclues sous une condition impossible, soit physiquement, soit juridiquement[92], y compris les conditions illicites ou immorales, c'est-à-dire celles qui sont contraires à une loi pénale ou aux bonnes mœurs[93]. Conformément à des explications antérieures[94], pour savoir si une condition est illicite ou immorale, il faut considérer le but du contrat ; on doit se demander si celui-ci a pour but de faire commettre un délit ou une immoralité. Primus promet 1000 as à Secundus ' si Primus ne tue pas Tertius ' ; dans l'espèce la seule condition, pas plus que la seule promesse, ne renferme rien d'illicite, mais le but du contrat est de faire tuer Tertius ; la condition est illicite[95]. Par contre, dans le cas où Primus promet 1000 as à Secundus ' si Primus tue Tertius ', la condition est licite et morale, parce que le contrat a pour but de détourner d'un homicide[96]. Supposons que Primus stipule 1000 as de Secundus ' si Primus ne tue pas Tertius ' ; le but de la stipulation est de se faire payer pour ne pas tuer, ce qui est d'une immoralité manifeste ; la condition est immorale[97]. Puisque la condition illicite ou immorale suppose un contrat dont le but est illicite ou immoral, le contrat lui-même est nul comme illicite ou immoral. Quatre hypothèses générales se présentent ici.

" expedit enim timere furti vel injuriarum poenam... Item ne experiar interdicto " unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus „ ; le mot *quatenus* équivaut à *quia* ; arg. D. 40, 5, *de fideic. libert.*, L. 53 pr. i. f., et D. 38, 10, *de grad.*, L. 4 pr. Cf. POTHIER, *Pand. Justin.* 2, 14, n° 56, note *c*.

(89) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23, v^is excepto eo. ..... utimur. Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 15 initio, L. 27 § 3, et T. III, § 296, note 33.

(90) D. 2, 14, *de pact*, L 27 § 4 « expedit enim timere furti vel injuriarum poenam.. ».

(91) L. 27 § 4 cit. « sed post admissa haec pacisci possumus.. » ; D. *eod.*, L. 7 § 14 « nam et de furto pacisci lex permittit » ; C. 2, 4, *de transact.*, L. 34 (33).

(92) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 6 « Cum quis sub hac condicione stipulatus « sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et « hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint : *ubi omnino « condicio jure impleri non potest* vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore « stipulationem, proinde ac si *ea condicio, quae natura impossibilis est*, inserta « esset.. ».

(93) L. 137 § 6 cit. Pour la terminologie, voyez T. I, § 78, II, 3° initio.

(94) T. I, § 78, II, 3° i. f. — (95) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 123.

(96) D. *eod.*, L. 121 § 1. — (97) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 3.

Quelqu'un *stipule* ou *promet* quelque chose pour le cas où il *commettrait* ou *ne commettrait pas* un délit ou bien une immoralité. — La *stipulation* faite pour le cas où l'on commettrait un délit ou une immoralité (quelqu'un stipule 1000 as ' s'il tue ou injurie Titius ') est illicite ou immorale, elle tend à faire commettre un délit ou une immoralité[98]. — Est aussi immorale la *stipulation* faite pour le cas où l'on ne commettrait pas un délit ou une immoralité (quelqu'un stipule 1000 as ' s'il s'abstient de tuer ou d'injurier Titius '); il est mal honnête de se faire payer pour s'abstenir d'un délit ou d'une immoralité[99]. — *Promettre* quelque chose pour le cas où l'on ne commettrait pas un délit ou une immoralité (quelqu'un promet 1000 as ' s'il ne tue pas ou n'injurie pas Titius ') est chose illicite ou immorale, puisque le contrat a pour but de faire commettre un délit ou une immoralité[100]. — Mais le contrat n'a rien d'illicite ni d'immoral lorsqu'on *promet* quelque chose pour le cas où l'on commettrait un acte illicite ou immoral (quelqu'un promet 1000 as ' s'il tue ou injurie Titius '); loin d'être immorale, une pareille convention tend à détourner d'une mauvaise action[101]. — La nullité des contrats faits sous une condition immorale conduit à la conséquence que si un payement a été fait en exécution du contrat, il peut être répété comme indu; il y a lieu à la *condictio ob turpem vel injustam causam*[102]. Toutefois, ce droit de répétition suppose que l'immoralité existe seulement du côté de celui qui a reçu le payement. Si elle est partagée par le payant, celui-ci n'est pas admis à répéter[103]; il ne peut par sa propre turpitude se créer

(98) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul*, § 24, et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 26, L. 27 pr., L. 123.

(99) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 3 " Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione "; D. 12, 5, *de cond. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1 § 2, L. 2 pr. et § 1, L. 9 pr. « Si vestimenta utenda tibi commodavero, « deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum respon- « sum est : quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen « turpiter datum est ».

(100) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 24; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 26, L. 27 pr., L. 123.

(101) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 121 § 1 « Stipulationis utiliter interponendae gratia « mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si « concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset. Nihil causae esse « respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier « impleta conditione pecuniam adsequi non possit ». Cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 50.

(102) D. 12, 5, *de cond. ob turp. v. inj. caus.*, L. 1 § 2, L. 2 pr. et § 1, L. 4 i. f., L. 9 pr. et § 1 i. f.; C. 4, 7, *de cond. ob turp. caus.*, L. 3, L. 6, L. 7. Voyez encore D. 12, 5, *de cond. ob t. v. i. c.*, L. 9 § 1 initio, et D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 5.

(103) D. 12, 5, *de cond. ob t. v. i. c.*, L. 2 § 2, L. 3, L. 4 pr. et § 1, L 8; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 9; C. 4, 7, *de cond. ob turp. caus.*, L 2, L. 5. « Promer- « calem te habuisse uxorem proponis : unde intellegis et professionem lenocinii « preces tuas continere et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum

un droit à la restitution de la chose, pas plus que le stipulant n'a droit au payement; la convention qui est immorale pour les deux parties, ne confère un droit à aucune d'elles(104). A plus forte raison, l'action en répétition doit-elle être refusée si l'immoralité existe seulement du côté du payant(105). Voici quelques cas particuliers :

a) Est immorale la condition de ne pas se marier; le droit de se marier est conforme à la loi naturelle et par conséquent il est immoral de vouloir priver quelqu'un de ce droit. Cette règle fut consacrée par la loi *Julia et Papia Poppaea* en vue des dispositions de dernière volonté(106) et, comme elle est conforme aux principes généraux du droit, elle doit être aussi admise pour les conventions(107). Toutefois la condition de ne pas se marier est seulement immorale pour autant qu'elle ait pour but d'interdire le mariage à l'un des contractants d'une façon absolue ou générale. D'après cela, on ne peut promettre quelque chose pour le cas où l'on se marierait, ni stipuler quelque chose pour le cas où l'on ne se marierait pas(108); ces deux conventions frappent le mariage d'une peine, la première directement, la seconde indirectement en attribuant une prime au célibat. Mais on peut insérer dans un contrat de bail la clause que le bail sera résolu si le preneur vient à se marier; cette clause n'a pas pour but de restreindre le droit de se marier dans la personne du preneur(109). N'est pas non plus immorale la condition de ne pas épouser une ou plusieurs personnes déterminées(110) ou de ne pas se marier en un certain endroit(111), à moins qu'elle n'ait pour résultat de rendre difficile le mariage du contractant et de constituer ainsi en fait une interdiction du mariage(112); sous cette réserve la condition dont il s'agit, loin de

« non esse. Quamvis enim utriusque turpitudo versatur ac *soluta quantitate cessat* « *repetitio*, tamen ex hujusmodi stipulatione contra bonos mores interposita dene- « gandas esse actiones juris auctoritate demonstratur ».

(104) Cf. D. 12, 5, *de cond. ob t. v. i. c.*, L. 8 i. f.

(105) D. *eod.*, L. 4 § 3 « Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo « et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo « versatur, sed solius dantis : illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non « turpiter accipere, cum sit meretrix ».

(106) D. *h. t.*, L. 22, L. 72 § 5 initio, L. 100.

(107) Voyez en ce sens Savigny, *System* III, § 123, I, A, Bufnoir, cité, p. 40-41 et 44, et Maynz, II, § 205, note 3 i. f.

Contra Vangerow, I, § 93, *Anm.* 3, n° III i. f.

(108) Arg. D. *h. t.*, L. 22. Il faut en dire autant de la condition de ne se marier qu'au gré d'un tiers; D. *h. t.*, L. 72 § 4, L. 28 pr ; D. 30, *de leg. 1°*, L. 54 § 1.

(109) Bufnoir, cité, p. 44. A plus forte raison la condition ' si un tiers ne se marie pas ' est-elle valable; C. 6, 40, *de ind. viduit.*, L. 1.

(110) Arg. D. *h. t.*, L. 63 pr., L. 64 pr.

(111) Arg. D. *h. t.*, L. 64 § 1. — (112) Arg. D. *h. t.*, L. 63 pr. i. f., L. 64 § 1.

vouloir condamner le contractant au célibat, peut avoir un but louable. Dans le nouveau droit romain, la condition de ne pas se remarier est aussi réputée morale[113]. — Est immorale la condition qui, en sens inverse, tend à imposer le mariage avec une personne déterminée : par exemple des fiancés se promettent réciproquement une peine pour le cas de renonciation aux fiançailles ; il est immoral de vouloir contraindre quelqu'un à épouser contre son gré une personne déterminée[114]. — De même est immorale la condition de divorcer ou de ne pas divorcer ; il est contraire aux bonnes mœurs de vouloir imposer à quelqu'un soit le divorce, soit le maintien du mariage ; on ne peut promettre une peine pour le cas où l'on ne divorcerait pas[115], ni pour le cas où l'on divorcerait[116] ; la première convention tend à imposer le divorce, la seconde veut imposer le maintien du mariage. Mais il est permis de convenir qu'un bail sera résolu s'il y a divorce du preneur ; cette convention laisse entière la liberté du preneur de ne pas divorcer[117].

b) Est immorale la condition d'avoir son domicile en un endroit déterminé ; la liberté d'habiter où l'on veut est de droit naturel, la restreindre c'est violer la liberté individuelle[118].

c) Est immorale la condition de changer ou de ne pas changer de religion. Le contrat qui dépend d'une pareille condition, a pour effet d'exercer une pression sur la conscience et de restreindre la liberté naturelle de celle-ci ; à ce titre il est immoral[119].

d) Est accompagnée d'une condition immorale la stipulation d'une

(113) Nov. 22, c. 43-44. Cf. T. V, § 564, notes 1 et 3.

(114) D. *h. t.*, L. 71 § 1 ; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 134 pr. ; C. 5, 1, *de sponsal.*, L 5 § 6.

(115) Arg. C. 8, 38 (39), *de inut. stipul.*, L. 2, et D. 45, 1, *de V. O.*, L. 19, L. 134 pr. i. f. — (116) Mêmes textes.

(117) Bufnoir, cité, p. 45-46. *Quid* de la promesse faite par un homme à une femme, ou réciproquement, de lui payer quelque chose ' si le mariage a lieu entre parties ' (*si tibi nupsero*)? La condition est morale ou immorale selon qu'elle a un but honnête (alimentation des parents pauvres du stipulant, constitution en dot de la chose stipulée, etc.) ou bien qu'elle ne constitue qu'un achat du consentement du stipulant au mariage ; D. 45, 1, *de V. O.*, L 97 § 2. Voyez Savigny, *System* III, § 123 et note i.

(118) D. *h. t.*, L. 71 § 2 ; voyez cependant la fin du passage. En ce sens Savigny, *System* III, § 123, n° II, et Maynz, II, § 205, note 3 i. f. Contra Pothier, *Pand. Justin.* 35, 1, n°s 211, notes *e* et *f*, 220, note *d*.

(119) En ce sens Sell (W.), *Versuche im Gebiete des Civilrechts*, T. II, *Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen*, § 31, Giessen, 1834, Savigny, *System* III, § 123, n° IV, Keller, § 51, 4, Sintenis, I, § 20, note 53, n° 2, et Windscheid, I, § 94, note 13 i. f.

Contra Thibaut, II, § 973, n° III i. f., et Braun, *Erörterungen zu* Thibaut, § 803, p. 727-728, Arndts, *Weiske's Rechtslexikon* III, p. 936, *Anm.* 172, et Vangerow, I, § 93, *Anm.* 3, n° III i. f. Cf. Bufnoir, cité, p. 40 et note 1.

peine faite pour le cas où le promettant ne testerait pas en faveur du stipulant (*si heredem me non feceris*). Cette stipulation porte atteinte à la liberté de la volonté dernière[120].

e) Il faut encore citer ici les conventions de jeu[121], c'est-à-dire les conventions où chaque partie, dans un but de lucre, stipule quelque chose sous une certaine condition et promet sous la condition contraire[122]; c'est le but de lucre qui caractérise le jeu, qu'il s'agisse de jeux de hasard, *aleae lusus*[123], ou de jeux d'adresse; le but d'agrément qui peut s'y joindre, est secondaire. A raison de ce but de lucre, les conventions de jeu de hasard ou d'adresse sont nulles[124]; elles sont immorales, parce qu'elles poursuivent un gain malhonnête[125]. Il n'en résulte ni obligation civile, ni obligation naturelle; le gagnant est sans action pour obtenir le payement du gain[126] et, si le perdant a payé, il peut répéter par une *condictio sine causa,* alors même qu'il a su qu'il n'était tenu en aucune façon, car il a payé en vertu d'une cause légalement inexistante[127]. Cette *condictio* est si favorablement appréciée dans l'espèce qu'elle dure cinquante ans[128] et que, si le perdant ou ses héritiers ne l'exercent pas, elle est transférée à la cité et au

(120) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 61. Nos sources citent en outre comme immorales les conditions '*si ab hostibus patrem suum non redemerit*' et '*si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit*'; D. 28, 7, *de cond. instit.*, L. 9.

(121) D. 11, 5, *de aleatoribus*; C. 3, 43, *de aleae lusu et aleatoribus.*

(122) L'événement constitutif de la condition n'exige pas l'intervention des joueurs. Les paris faits à l'occasion de jeux sont de véritables jeux, bien que les parieurs demeurent passifs et, pour prendre un exemple de la vie moderne, les opérations de bourse à terme, qui portent seulement sur un payement de différences, sont des jeux malgré la passiveté de ceux qui se livrent à ces opérations. En ce sens VANGEROW, III, § 673, *Anm.*, n° 3, et WINDSCHEID, II, § 419, note 3. Contra THÖL, *Der Verkehr mit Staatspapieren*, p. 267-272, Goettingue, 1835, et *Handelsrecht*, § 304, 6e éd., UNTERHOLZNER, cité, II, § 490 initio, MÜHLENBRUCH, II, § 424 initio, § 425, note 1, et SCHILLING, III, § 263, note n.

(123) C. *h. t.*, rubrique. — (124) C. *h. t.*, L. 1 pr. et § 1 initio, L. 2 pr. initio.

(125) Un sénatus-consulte remontant à une époque reculée défendait déjà de jouer pour de l'argent, en faisant seulement exception pour quelques jeux d'adresse; D *h. t.*, L. 2 § 1 " Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, " praeterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo vel currendo saliendo luc- " tando pugnando quod virtutis causa fiat „. Cf. D. *eod.*, L. 3, L 4 pr. " Quod in " convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere permittitur „, " CIC., *Philippiques* II, 23, et HORACE, *Carmina* III, 24, v. 58. Justinien généralisa la prohibition dans le sens indiqué ci-dessus; C. *h. t.*, L. 1-2.

L'édit prétorien accordait encore une action contre ceux qui usaient de violence pour déterminer quelqu'un à participer à des jeux de hasard (D. *h. t.*, L. 1 pr. i. f. et § 4, L. 2 pr.) et il refusait toute action à ceux qui, ayant tenu de pareils jeux dans leur maison, avaient subi des dégâts, avaient été volés ou frappés; D. *eod.*, L. 1 pr. initio, § 1-3. — (126) C. *h. t.*, L. 1 § 1 i. f.

(127) L. 1 § 1 i. f. cit. Cf. D. *h. t.*, L. 4 § 1-2. — (128) C. *h. t.*, L. 1 § 2.

fisc[129]. Justinien reconnaît seulement cinq jeux d'adresse : le saut libre (*monobolos*) ou à l'aide d'une perche (*contomonobolos*), le jet libre d'une flèche ou d'un javelot (*quintanus condux sine fibula*), la lutte (*perichyte*) et les courses de chevaux (*hippice*), avec un enjeu ne dépassant pas un solide [environ quinze francs][130]; dans ces cas, l'esprit de lucre n'a qu'une importance secondaire[131]. Encore les conventions relatives à ces jeux permis ne sont-elles, par elles-mêmes, que de simples pactes produisant seulement une obligation naturelle; le gagnant n'a pas d'action, mais le perdant ne peut répéter. Pour créer une obligation civile, les conventions relatives à des jeux permis doivent être faites dans la forme de la stipulation[132] ou bien être converties en un contrat réel innomé par la remise des enjeux à un tiers[133]; dans le premier cas, le gagnant a contre le perdant l'*actio ex stipulatu;* dans le second, il dispose de l'action *praescriptis verbis* contre le tiers qui a reçu les enjeux[134]. — Les paris (*sponsiones*) sont distincts des conventions de jeu; ce sont des conventions par lesquelles, à l'occasion d'une divergence d'opinions, chaque partie stipule quelque chose pour le cas où son opinion serait exacte et promet quelque chose pour le cas où son opinion serait inexacte[135]. Les paris interviennent pour vider un désaccord d'opinions plutôt que dans un but de lucre. C'est pourquoi il y a jeu et non pari si deux personnes parient sur le jeu d'autres personnes; une pareille convention ne tend pas à trancher une divergence d'opinions, mais à faire un gain; les parties formulent des propositions contraires pour le seul plaisir de se contredire, afin de gagner de l'argent[136]. La même règle doit être suivie pour un motif identique si, indépendamment d'un jeu principal, les parties se contredisent dans le seul but de pouvoir parier[137]. Les paris véritables ne sont pas défendus; comme ils ne poursuivent pas un but de lucre, ils n'ont rien d'immoral[138]. Sans être pro-

(129) C. *h. t.*, L. 1 § 1 i. f. et 3, L. 2 § 1. Voyez encore L. 2 cit. pr. et § 2, et Nov. 123, c. 10. — (130) C. *h. t.*, L. 1 § 4. — (131) Arg. L. 1 § 4 cit.

(132) Cf. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 37, et D 45, 1, *de V. O.*, L. 108 pr. i. f, L. 129.

(133) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 5 initio. Les enjeux peuvent aussi être remis à l'un des joueurs.

(134) Arg. L. 17 § 5 initio cit. Si l'un des joueurs a reçu les enjeux des autres, il doit, dans le cas où il perd, restituer les enjeux reçus et payer le sien propre.

(135) Cf. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 37, D. 45, 1, *de V. O.*, L. 108 pr. i. f., L. 129, et D. *h. t.*, L. 3 cbn. avec L. 2 § 1. Le pari peut se référer à un événement passé ou présent comme à un événement futur, tandis que le jeu se rapporte toujours à un événement futur et constitue essentiellement une convention faite sous une condition proprement dite. — (136) Cf. D. *eod.*, L. 3 i. f. cbn. avec L. 2 § 1.

(137) Vangerow, III, § 673, *Anm.*, nos 3 et 4 initio.

(138) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 37; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 108 pr. i. f., L. 129; D. *h. t.*, L. 3 cbn. avec L. 2 § 1.

hibés, ils sont comme tels de simples pactes et ne créent qu'une obligation naturelle; le gagnant est sans action, le perdant est seulement empêché de répéter ce qu'il a payé(139). Mais l'habitude romaine était de revêtir les paris de la forme de la stipulation : *Spondesne? Spondeo;* c'est pourquoi on les appelait *sponsiones*(140). On remettait fréquemment les enjeux à un tiers; le gagnant pouvait alors les réclamer par l'action *praescriptis verbis*(141). Les paris intervenaient assez souvent dans l'ancienne procédure romaine(142). En vertu du droit commun, le pari est nul s'il se rapporte à un acte contraire à une loi d'intérêt général ou aux bonnes mœurs(143); tel est le cas où l'on parie à qui boira le plus. De même le pari est annulable pour cause de dol, si l'un des parieurs, connaissant d'une manière certaine l'exactitude de son opinion, feint de douter et exploite ainsi une erreur chez la partie adverse. Mais, si un parieur est simplement convaincu de l'exactitude de son opinion, soit qu'il affirme sa conviction, soit qu'il garde le silence à cet égard, il ne provoque aucune erreur et ne commet aucune fraude; les parieurs sont même très généralement convaincus qu'ils ont raison et ils ont le droit de l'être(144).

6° Une autre prohibition est celle des pactes successoires(145). On entend par là les conventions relatives à la succession d'une personne encore vivante. La portée de la prohibition est double. — En premier lieu, la succession d'une personne encore en vie ne peut faire l'objet d'une convention de la part de tiers; surtout il n'est pas permis à des tiers de vendre et d'acheter la succession d'une personne vivante(146). De pareilles conventions sont immorales; elles renferment une spéculation sur la mort d'autrui et cette spéculation a un caractère odieux(147). Néanmoins, en vertu d'une loi de Justinien, la convention devient valable si le *de cujus* y donne son consentement et le maintient jusqu'à son

(139) Cf. les textes de la note précédente.

(140) D. *h. t.*, L. 3. — (141) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 17 § 5 initio.

(142) Gaius, IV, 13-14, 141, 165-168 et 171.

(143) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L 17 § 5 i. f.

(144) En ce sens Vangerow, III, § 673, *Anm.*, n° 5. Contra Schilling, III, § 263, note q, et Molitor, cité, II, n° 708 i. f. — (145) C. 8, 38 (39), *de inut. stipul.*, L. 4.

(146) D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 1; D. 39, 5, *de donat.*, L. 29 § 2 initio; C. 2, 3, *de pact*, L. 30 pr., § 1, 2, 3 initio et 4.

(147) D. 39, 5, *de donat.*, L. 29 § 2 « quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset.. »; C. 2, 3, *de pact.*, L. 30 § 3 « hujusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt.. ». La convention crée même un danger pour la vie du *de cujus*; C. 2, 3, *de pact.*, L. 30 § 2 « omnes hujusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus.. ». Aussi le successible qui a conclu la convention, est-il exclu comme indigne de la succession du *de cujus*; D. 34, 9, *de his quae ut ind. aufer.*, L. 2 § 3; D. 39, 5, *de donat.*, L. 29 § 2, L. 30.

décès[148]. — En second lieu, on ne peut conclure une convention par rapport à sa propre hérédité avec une tierce personne[149]. On n'est pas admis à se donner un héritier par contrat; cette institution contractuelle est nulle, alors même qu'elle n'est pas révoquée par le *de cujus*[150]. Deux personnes ne peuvent pas davantage s'instituer réciproquement par contrat[151]. La loi a établi les formes testamentaires qui lui ont paru assurer le mieux la libre manifestation de la volonté dernière; si l'on veut se donner un héritier, on doit se soumettre à ces formes; l'intérêt même du *de cujus* le veut ainsi[152]. Cependant, l'institution contractuelle vaut comme donation à cause de mort, si elle réunit les conditions de cet acte juridique[153], ce qui, dans le cas d'une hérédité supérieure à 500 solides (7500 fr.), suppose l'insinuation de la donation ou l'emploi de la forme codicillaire[154]; comme donation à cause de mort, cette institution contractuelle est révocable par la seule volonté du donateur.

7° Les avocats et ceux qui avancent à un plaideur les frais du procès, ne sont autorisés à stipuler, comme rémunération de leurs services, ni une quote-part du produit éventuel de l'action (*pactum de quota litis**)[155], ni une somme fixe pour le cas de gain du procès (*pactum de palmario*)[156]. Il est en outre défendu aux

(148) C. 2, 3, *de pact.*, L. 30 § 3 i. f. Cf. D. 34, 9, *de his quae ut ind. aufer.*, L. 2 § 3. — (149) C. 5, 14, *de pact. conv.*, L. 5.

(150) L. 5 cit. « Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes « dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem « mulieris bona ejus ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, « intellegis te nulla actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut « tibi restituantur, quae nullo modo debentur ». Voyez encore C. 2, 3, *de pact.*, L. 15.

(151) C. *cod.*, L. 19 initio. Pour d'autres applications voyez D. 45, 1, *de V. O.*, L. 61, D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 16, et C. 6, 20, *de collat.*, L. 3.

(152) C. 2, 3, *de pact.*, L. 15 i. f.; D. 38, 16, *de suis et legit. hered.*, L. 16 i. f.

(153) Cf. C. 2, 3, *de pact.*, L. 19 initio.

(154) C. 8, 56 (57), *de mort. causa donat.*, L. 4. Voyez encore C. 2, 3, *de pact.*, L. 19.

(155) D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1 § 12 " Si cui cautum est « honorarium vel si quis de lite pactus est, videamus, an petere possit. Et qui- « dem de pactis ita est rescriptum ab imperatore nostro et divo patre ejus : ' Litis causa malo more pecuniam tibi promissam ipse quoque profiteris. Sed hoc ' ita jus est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur... '. — D. 2, 14, *de pact.*, L. 53 « Sumptus quidem prorogare litiganti honestum est : « pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis, resti- « tuatur, sed pars dimidia ejus, quod ex ea lite datum erit, non licet ». — C. 2, 6, *de postul.*, L. 5.

L'avocat qui contrevient à cette défense, est exclu de l'ordre; L. 5 cit.

(156) Arg. D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1 § 12, vis si vero....., et D. 2, 14, *de pact.*, L. 53.

avocats[157] et aux représentants[158] des plaideurs de se rendre acquéreurs du produit éventuel de l'action[159]. Toutes ces conventions sont réputées malhonnêtes[160] et, en ce qui concerne spécialement les avocats, contraires à la dignité de leur profession[161]. De même les médecins ne peuvent rien stipuler de leurs clients dangereusement malades, pour le cas de guérison[162].

C) *Du consentement des parties.*

§ 374. RÈGLES GÉNÉRALES.

REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, 1tes Heft, *Die Vorverhandlungen bei Verträgen*, Weimar, 1868.

I. Considéré au point de vue des conventions destinées à créer des obligations[1], le consentement est le concours de volontés du débiteur et du créancier sur la prestation à effectuer par le débiteur. Ce consentement doit être manifesté extérieurement; s'il est encore renfermé dans le for intérieur, il est inexistant au point de vue juridique[2]. Il comprend deux manifestations concordantes de volonté, celle du débiteur et celle du créancier. La première est l'*offre* d'une certaine prestation; si l'offre porte sur une prestation future, elle se présente sous la forme d'une *promesse*[3]. La manifestation de la volonté du créancier consiste dans l'acceptation de l'offre du débiteur[4]; avant cette acceptation l'offre du débiteur

(157) D. 1, 16, *de off. procons.*, L. 9 § 2.

(158) D. 17, 1, *mand.*, L. 7; C. 2, 12 (13), *de procurat.*, L 15; C. 4, 35, *mand.*, L. 20.

(159) Cf. C. 2, 6, *de postul.*, L. 6 § 2. Ici également l'avocat en faute est exclu de l'ordre; D. 1, 16, *de off. procons.*, L. 9 § 2.

(160) D. 2, 14, *de pact.*, L. 53; D. 17, 1, *mand.*, L. 7; D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 1 § 12 initio; C. 2, 12 (13), *de procurat.*, L. 15.

(161) C. 2, 6, *de postul.*, L. 5; D. 1, 16, *de off. procons.*, L. 9 § 2.

(162) C. 10, 53 (52), *de profess. et med.*, L. 9 « Archiatri scientes annonaria sibi « commoda a populi commodis ministrari honeste obsequi tenuioribus malint « quam turpiter servire divitibus § 1 Quos etiam ea patimur accipere, quae « sani offerunt pro obsequiis, non ea, quae periclitantes pro salute promittunt ». Cf. D. 50, 13, *de var. et extraord. cognit.*, L. 3. En ce sens GLÜCK, XVI, § 989, 3, et SCHILLING, III, § 262 et note s.

Pour d'autres prestations juridiquement impossibles, voyez D. 45, 1, *de V.* ., L. 35 § 1, L. 134 pr., et C. 8 34 (35), *de pact. pignor. et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*, L. 3.

(1) Cf. T. III, § 357. — (2) Cf. T. I, § 69, 2°.

(3) Cf. D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 3 pr. « pollicitatio vero offerentis solius promissum.. ». — (4) Cf. L. 3 pr. cit. initio.

s'appelle pollicitation (*pollicitatio*)[5]. De plus le consentement exige que le pollicitant connaisse l'acceptation; tant que celle-ci n'est pas parvenue à sa connaissance, le consentement n'existe point[6]. Considérons séparément ces trois éléments du consentement.

A) La question de savoir quand existe la pollicitation ne présente pas de difficulté spéciale. En ce qui concerne ses effets, elle n'est pas obligatoire par elle-même; le pollicitant en cette s ule qualité n'est soumis à aucune action[7]; il n'a voulu s'obliger que pour le cas où son offre serait acceptée et après qu'il aurait eu connaissance de cette acceptation. La simple pollicitation est seulement obligatoire dans quelques cas exceptionnels[7a]. Le pollicitant comme tel n'étant pas obligé est libre de retirer son offre; en la retirant, il la rend non avenue et une acceptation ultérieure de la partie adverse devient impossible; elle est sans objet. Pour déterminer d'une façon plus précise les effets de la pollicitation, il importe de distinguer la pollicitation accompagnée d'un terme résolutoire et la pollicitation pure et simple.

1° Le pollicitant a ajouté un délai à son offre. Si ce délai a été accepté par la partie adverse, il s'est formé, à ce point de vue, une convention entre parties; le stipulant a le droit absolu d'accepter l'offre tant que le délai n'est pas expiré; si le pollicitant la retire, sa rétractation est considérée comme non avenue[8]. Mais. le terme expiré, la pollicitation tombe de plein droit; elle était seulement faite pour un certain temps, elle n'existe plus à l'expiration de ce temps. La pollicitation s'éteint aussi par le refus; après ce refus elle cesse d'exister. Dans les deux cas, son acceptation ultérieure est sans objet. Si au contraire la concession du délai n'a pas été acceptée, le pollicitant n'est pas lié par le délai; celui-ci ne saurait conférer un droit à la partie adverse, qui n'a exprimé aucune volonté à cet égard. La pollicitation s'évanouit donc dès qu'elle est retirée et en outre de plein droit à l'expiration du terme fixé. — A la déclaration du pollicitant ' qu'il fait l'offre pour un certain temps ' équivaut celle portant ' que l'acceptation de l'offre doit avoir lieu dans un certain délai '; ce délai pour l'acceptation de l'offre restreint l'offre elle-même[9]. Il résultera souvent des circonstances que le pollicitant a voulu tacitement restreindre la durée de son offre. Tel est le cas où, pouvant vendre des marchandises à A pour un certain

(5) L. 3 pr. cit. " pollicitatio vero offerentis solius promissum.. „; D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 19 § 2 initio.

(6) Cette proposition sera justifiée au n° I, C, du présent paragraphe.

(7) Paul, V, 12, § 9. — (7a) Cf. T. IV, § 506.

(8) La convention ne produit aucun autre effet; il ne saurait être question d'une action pour le stipulant. — (9) Cf. Sintenis, II, § 96, n° I, 1 initio.

prix, j'annonce à B que je lui donne la préférence, s'il me présente les mêmes conditions; dans l'espèce, mon intention est que B prenne parti dans un bref délai.

2° Si les offres ont eu lieu purement et simplement, le pollicitant est libre de les retirer à tout instant. Mais tant qu'elles n'ont pas été révoquées, elles subsistent et, avec elles, la faculté pour la partie adverse de les accepter, sauf que le silence prolongé au delà d'un certain temps, raisonnablement déterminé par les circonstances, implique un refus de l'offre; celle-ci disparaît par le refus et ne peut plus être acceptée(10).

Lorsque le pollicitant ou la partie adverse décède, la pollicitation passe-t-elle à ses héritiers? Il faut encore distinguer. Si les offres ont été accompagnées de la fixation d'un délai qui a été accepté par la partie adverse, elles peuvent être acceptées vis-à-vis des héritiers du pollicitant ou de la part des héritiers de la partie adverse. Une convention s'est formée entre parties; le pollicitant s'est engagé à maintenir son offre pendant le délai fixé et cet engagement a été accepté; l'obligation dont il s'agit se transmet activement et passivement aux héritiers des parties(10a). Par contre, si le délai ajouté à la pollicitation n'a pas été accepté par la partie adverse ou bien si la pollicitation a été faite d'une manière pure et simple, elle est intransmissible aux héritiers(11), car elle ne crée aucun droit véritable entre parties. Le droit suppose un devoir pour celui vis-à-vis de qui le droit existe; or le pollicitant n'a aucun devoir à l'égard de la partie adverse; on ne peut considérer comme un droit la faculté d'accepter l'offre, puisque le pollicitant est libre de retirer celle-ci par sa seule volonté. Sans doute il est tenu pour l'éventualité où son offre serait acceptée; mais cette circonstance ne crée pas une obligation conditionnelle; le débiteur conditionnel est déjà lié avant l'accomplissement de la condition, tandis que le pollicitant n'est lié en aucune façon avant l'acceptation de son offre. Comme

(10) En ce sens SINTENIS, II, § 96, n° I, 1 initio, p. 248-250. Cf. REGELSBERGER, cité, § 16, p. 93-94, qui admet que l'offre s'évanouit plutôt par l'expiration d'un terme tacite. C'est une erreur. Le terme tacite suppose que la durée de l'offre soit restreinte d'une manière spéciale (cf. T. I, § 79, I, 2°); ici l'offre est faite sans modification aucune de sa durée normale.

(10a) En ce sens VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 1, n° 8. Contra REGELSBERGER, cité, § 18 i. f.

(11) D. 39, 5, *de donat.*, L. 2 § 6 " Sed si quis donaturus mihi pecuniam dede- " rit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus erit quam ad me perferat, non " fieri pecuniam dominii mei constat „. — D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 41 " nam et " si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde mortuo me igno- " rans dederis, accipientis non facies.. ». — Cf. D. 8, 4, *comm praed.*, L. 18, vis Receptum est..... acciderit.

il n'existe entre les parties ni droit ni obligation, elles ne peuvent rien transmettre à leurs héritiers[12].

B) En ce qui concerne l'acceptation du créancier, pour donner lieu à un consentement, elle doit concorder en tous points avec l'offre[13]. Il n'y a pas consentement si, l'offre étant pure et simple, l'acceptation se fait sous condition[14], ou bien si l'offre et l'acceptation portent sur des choses différentes[15]. Cette concordance entre les deux éléments du consentement se rattache à la théorie de l'erreur[16].

C) Il faut que le pollicitant connaisse l'acceptation de la partie adverse. Si l'acceptation se fait par lettre ou par messager, le consentement n'existe qu'au moment où le pollicitant reçoit connaissance de la lettre ou du message. Jusque-là il n'y a ni contrat, ni obligation; chaque partie est libre de se rétracter. D'un côté, le pollicitant peut retirer son offre; il n'est pas lié si la lettre ou le message de l'acceptant lui parvient après le retrait de l'offre ou plutôt après la notification du retrait à la partie adverse; car, vis-à-vis de celle-ci, la volonté du pollicitant subsiste aussi longtemps qu'elle n'a pas été révoquée vis-à-vis d'elle[17]. D'un autre côté, l'acceptant a la faculté de revenir sur son acceptation tant que sa lettre ou son message n'est pas arrivé à destination, par exemple en expédiant un second courrier qui devance le premier auprès du pollicitant[18]. Ce système se fonde sur les considérations

(12) Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 1, nº 8 initio, et WINDSCHEID, II, § 307 et note 9. Contra REGELSBERGER, cité, § 18-21 et 23, 1. Celui à qui les offres ont été faites et qui les accepte après le décès du pollicitant dans l'ignorance de ce décès, n'a pas même droit à une indemnité à raison d'un dommage qui lui aurait été causé par la pollicitation, notamment si, pouvant accepter un second marché avantageux, il y a renoncé à cause du premier. Non seulement il n'existait aucun lien juridique entre parties, mais le pollicitant n'a commis aucune faute qui puisse l'obliger vis-à-vis de la partie adverse; il ne devait prévoir ni son décès, ni la possibilité d'un dommage pour la partie adverse à raison de la pollicitation. L'équité que l'on invoque souvent en faveur de l'acceptant, milite plutôt en faveur des héritiers du pollicitant. En ce sens BEKKER, *Jahrb. des gem. deutschen Rechts* II (1858), p. 370-380. Cf. VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 1, nº 8 i. f., et MOMMSEN, *Erörterungen* II, § 18, p. 131-135. Contra IHERING, *Jahrb. f. die Dogmatik* IV (1861), p. 91-93, et WINDSCHEID, II, § 307 et note 10.

(13) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52 § 2 " Verbis (*scil. obligamur*), cum praecedit " interrogatio et sequitur *congruens* responsio „. — (14) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 1 § 3.

(15) D. *eod.*, L. 137 § 1; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 23.

(16) Cf. le paragraphe suivant nºs I et II.

(17) Le pollicitant qui retire son offre avant d'avoir connu l'acceptation de la partie adverse, n'est pas même passible de dommages et intérêts envers la partie adverse, pour un motif analogue à celui indiqué à la note 12 du présent paragraphe.

(18) L'absence de contrat avant l'arrivée de la lettre ou du messager produit encore une autre conséquence : si dans l'intervalle l'une des parties vient à

suivantes[19]. Déjà le mot consentement (*consensus*, de *cum* et *sentire*) implique une communauté de sentiment; cette communauté n'existe pas aussi longtemps que l'auteur de l'offre ignore l'acceptation. Surtout il ne veut s'obliger ni immédiatement, ni après l'acceptation, mais seulement lorsqu'il connaîtra celle-ci et, comme il s'agit de l'obliger sur le fondement de sa volonté, il lui est loisible de ne vouloir s'obliger que de la manière susdite; sa volonté doit être souveraine[20]. En outre le système opposé créerait une inégalité de fait entre le pollicitant et l'acceptant; le premier serait absolument lié après l'expédition de la lettre ou du message; le second ne le serait pas dès qu'il lui serait possible d'empêcher la lettre ou le message d'arriver à destination, en retirant la lettre ou bien en rappelant le messager; il serait en son pouvoir d'annihiler matériellement son acceptation. On objecte que si, pour la perfection du contrat, le pollicitant devait avoir connaissance de l'acceptation de son offre, on devrait, pour être logique, exiger de plus que l'acceptant sache que le pollicitant maintient son offre, et ainsi de suite indéfiniment, chaque partie devrait avoir connaissance de la volonté de l'autre; le contrat entre absents ne se parferait jamais. L'argument est mal fondé. Lorsque A fait une offre à B, que B l'accepte et notifie son acceptation à A, non seulement A connaît la volonté de B, mais B ne connaît pas moins la volonté de A; la volonté de A subsiste vis-à-vis de B tant qu'elle n'a pas été révoquée vis-à-vis de lui. On dit encore que si l'acceptation a lieu dans des conditions telles que son retrait est physiquement impossible, l'acceptant est lié en fait à partir de son acceptation et la justice commanderait que le pollicitant le fût aussi; autrement la position des parties serait inégale. Mais si, dans l'espèce, il y a un désavantage pour l'acceptant, il est la conséquence du mode d'acceptation qu'il a librement choisi; il doit se l'imputer à lui-même, il dépendait de lui d'accepter autrement[21].

décéder, le contrat ne se formera plus par l'arrivée subséquente de la lettre ou du messager, sauf le cas d'une pollicitation faite pour un certain terme accepté par la partie adverse; cf. le n° I, A i. f., du présent paragraphe. En ce sens VANGEROW, III, § 603, *nm.* 1, n° 8. Contra REGELSBERGER, cité, § 18-21 et 23, 2. Cf. WINDSCHEID, II, § 307, 2 i. f.

(19) Nos sources sont muettes sur la question.

(20) C'est pour un motif analogue que la simple pollicitation n'est pas obligatoire; voyez le n° I, A initio, du présent paragraphe.

(21) Voyez en ce sens REGELSBERGER, cité, § 5-8, VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 1 initio et n°s 1-4, BRINZ, IV, § 572, et MAYNZ, II, § 200, note 11. Cf. SCHEURL, *Beiträge* I, p. 305-309, et *Jahrb. f. die Dogmatik* II (1858), p. 248-282, et SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, p. 5-35, Heidelberg, 1873.

Contra GOESCHEN, II (2), § 438, 1, UNTERHOLZNER, cité, I, § 26, n° I, MÜHLENBRUCH, II, § 331 initio, PUCHTA, *Pand.*, § 251, note d, et *Vorles.* II, § 251, p. 68,

II. En principe, le consentement peut être donné d'une manière quelconque; aucune forme n'est nécessaire[22]; telle est du moins la règle générale[23]. D'après cela :

1° Le consentement ne doit pas être donné en termes solennels[24], ni être exprès; il peut être tacite[25]. Il est exprès, s'il est donné dans le but direct de consentir. Il est tacite, s'il consiste en des actes qui, sans avoir pour but direct de consentir, n'admettent cependant pas d'autre explication raisonnable que celle d'un consentement[26]. Une société dissoute par l'accomplissement d'une condition ou l'arrivée d'un terme résolutoire est tacitement renouvelée si les anciens associés continuent les opérations sociales[27]. Le consentement tacite résulte même du simple silence toutes les fois que l'on devait parler en cas de dissentiment et qu'il était possible de parler; *qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur**[28]. La question de savoir si l'on était en demeure et en état de protester en cas de désaccord est une question de fait. Le locataire d'une maison continue de l'habiter après l'expiration du terme convenu pour la durée du bail, le bailleur ne s'y oppose pas. En général le bail est tacitement renouvelé, il y a réconduction tacite. Le consentement du locataire résulte de ce qu'il est resté en jouissance de la maison[29], celui du bailleur de son silence; s'il ne voulait pas renouveler le bail, il devait protester contre l'occupation prolongée de la maison et généralement cette protestation était possible; son silence dans ces conditions implique la volonté de conclure un nouveau bail[30]. Mais la règle cesse avec son motif si le bailleur a été empêché de protester par suite d'une maladie ou d'une absence; s'il a été frappé d'aliénation mentale, il ne peut être question d'un consentement[31]. Par contre, on ne peut en

SAVIGNY, *System* VIII, § 371, p. 235-237, SERAFINI (FILIPPO), *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, p. 48-82, Pavie, 1862, HEPP, *De la correspondance privée, postale ou télégraphique*, p. 91 et ss., Paris, 1864, SINTENIS, II, § 96 et note 14, et, en général du moins, MOLITOR, cité, I, n° 49, KELLER, § 223, 6, et RYCK, cité, p. 459-462. Une opinion intermédiaire est défendue par WINDSCHEID, II, § 306.

(22) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52 § 9 " Etiam nudus consensus sufficit obligationi, " quamvis verbis hoc exprimi possit „.

(23) Cf. le n° II, 2° i. f., du présent paragraphe.

(24) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 10; l. 3, 15, *de V. O.*, § 1 i. f.; D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 14 § 3; D. 22, 4, *de fide instrum.*, L. 4 initio.

(25) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2 pr. i. f. — (26) D. 19, 2, *loc.*, L. 14.

(27) Arg. L. 14 cit. — (28) D. *eod.*, L. 13 § 11, L. 14.

(29) et non pas du silence, comme le dit inexactement Ulpien; L. 13 § 11 cit.

(30) L. 13 § 11 et L. 14 cit.

(31) L. 14 cit. i. f. Voyez encore D. 50, 17, *de R. J.*, L 60 initio, où celui qui laisse gérer ses affaires par un tiers, alors qu'il peut s'opposer à la gestion, donne par son silence un mandat à ce tiers, et D. 43, 26, *de prec.*, L. 4 § 4, L. 6 pr.

général interpréter comme un consentement le silence de celui à qui une offre est faite[32], le pollicitant eût-il déclaré, dans une offre écrite, qu'il donnerait pareille portée au silence de la partie adverse; rien n'obligeait celle-ci à exprimer son dissentiment. Le silence de celui à qui une offre a été faite, implique même parfois un refus[33].

2° Le consentement peut être exprimé de vive voix, un écrit est inutile; si les parties en rédigent un, il ne sert qu'à la preuve du contrat[34]. Mais il en est autrement si, au moment du contrat, les parties conviennent de le mettre par écrit; alors le contrat devient seulement parfait par la rédaction de l'écrit; jusque-là chaque partie peut se rétracter en refusant de signer[35]. En convenant au moment du contrat qu'un écrit sera dressé, les parties font naturellement de cet écrit une condition de la perfection du contrat; elles ne veulent pas encore se lier d'une façon définitive. Il faut d'autant plus se prononcer en ce sens que, en procédant à la rédaction d'un écrit, les parties constatent souvent elles-mêmes que leur accord n'est pas complet; la rédaction écrite vient seule donner une entière précision aux arrangements oraux, qui présentent toujours quelque chose d'indéterminé. Il est surtout possible que, d'accord sur les points principaux du contrat, les parties aient voulu que les points accessoires fissent l'objet de nouveaux pourparlers. Il y a au moins doute sur leur consentement définitif; ce doute suffit pour écarter la perfection du contrat[36]. — Mais, si le consentement peut être exprimé de vive voix, il ne doit pas l'être de cette manière; il peut encore l'être par un signe de tête

(32) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 142 " Qui tacet, non utique fatetur : sed tamen verum " est eum non negare „; D. 3, 3, *de procur.*, L. 8 § 1.

(33) Cf. n° I. A, 2°, du présent paragraphe. Cf. SINTENIS, II, § 96, n° I, 1 initio, p. 248-250, et REGELSBERGER, cité, § 16, p. 93-96.

(34) D. 22, 4, *de fide instrum.*, L. 4 " In re hypothecae nomine obligata ad rem " non pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus, quae consensu " contrahuntur et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypothecae sit, et probari " poterit, res obligata erit de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut " quod actum est per eas facilius probari possit : et sine his autem valet quod " actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiae sunt, licet testatio (la mani- " festation du consentement) sine scriptis habita est „. Le même texte se trouve au D. 20, 1, *de pignor.*, L. 4. Voyez encore C. 2, 3, *de pact.*, L. 17. Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 38.

(35) C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17 pr., cf. § 1-2; I. 3, 23, *de empt. et vend.*, pr., v^is In his autem..... recedere ab emptione, cf. v^is Ita tamen.....

(36) Voyez à ce sujet les judicieuses réflexions de KELLER, § 222, c initio, et aussi REGELSBERGER, cité, § 28. Il est au reste nécessaire que l'écrit de son côté soit parfait; une rédaction provisoire, un brouillon (*scheda*) est insuffisant; la rédaction définitive ou au net (*mundum*) doit elle-même être achevée; C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17 pr.; I. 3, 23, *de empt. et vend.*, pr., v^is In his autem..... recedere ab emptione.

affirmatif (*nutu*)[37], par le silence, par lettre (*per epistolam*) ou par messager (*per nuntium*)[38]. Dans le dernier cas, la partie contractante est la personne qui a envoyé le messager; ce n'est pas le messager[39]. Celui-ci n'est qu'un simple organe de l'expéditeur; c'est un instrument par lequel il consent[40], comme par l'expédition d'une lettre; on peut dire que c'est une lettre vivante. Mais à proprement parler on ne contracte point par l'intermédiaire d'un représentant, par un mandataire, un tuteur, un curateur ou un gérant d'affaires. C'est le représentant qui est la partie contractante, sauf que, dans le nouveau droit romain, la plupart des effets du contrat sont transférés en fait sur la tête du principal, à l'exclusion du représentant, comme il sera expliqué plus loin[41]. — Enfin, l'offre du débiteur et l'acceptation du créancier peuvent se faire dans un ordre quelconque. En général c'est l'offre qui précède l'acceptation; mais rien n'empêche le créancier d'accepter d'abord sous la forme d'une demande ou d'une invitation, à laquelle le débiteur répond affirmativement[42].

La stipulation, le plus important des contrats du droit romain, déroge sous deux rapports à ces règles : le consentement doit s'y manifester de vive voix[43] et par une question du créancier et une réponse du débiteur[44]; on n'y admet pas de consentement par simple signe[45], par lettre ou messager[46] ou bien par un promesse du débiteur suivie d'une acceptation du créancier[47]. De son côté la donation supérieure à 500 solides (environ 7500 fr.) exige l'inscription dans les registres judiciaires[48].

3° Les promesses acceptées de conclure un certain contrat (*pacta de ineundo contractu vel de contrahendo**)[48a] sont des conven-

(37) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 52 § 10. Bien qu'on le méconnaisse parfois, le signe de tête affirmatif est un consentement exprès; il a pour but direct de consentir. Ce n'est pas un acte ayant besoin d'être interprété dans le sens d'un consentement; c'est un consentement aussi direct que le mot " oui „; le muet n'en donne pas d'autre.

(38) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2 pr.; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 1 § 2; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 2 § 2. — (39) D. 17, 2, *pro socio*, L. 84; D. 13, 5, *de pec. const.*, L. 14 § 3, L. 15.

(40) L. 15 cit. " ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur „.

(41) T. III, § 393, III. — (42) I. 3, 15, *de V. O.*, pr. et § 1; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 12.

(43) I. 3, 15, *de V. O.*, pr. initio et § 1 initio. — (44) Pr. initio cit.

(45) I. *eod.*, L. 1 § 2. — (46) Gaius, III, 136 i. f.

(47) Arg. I. 3, 15, *de V. O.*, pr. initio et § 1 initio.

(48) I. 2, 7, *de donat.*, § 2, vis Et cum retro..... habent firmitatem; cf. T. IV, § 407, I, C i. f. Pour les intercessions des femmes voyez T. III, § 319 et 320a, et pour la convention d'hypothèque C. 8, 17 (18), *qui potiores*, L. 11.

(48a) Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrages*, Fribourg e/B., 1871, aussi dans le *Civil Archiv* LXVII (1887), p. 1-40. — Stintzing, *Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse*, 1 livr., Iéna, 1903.

tions parfaites. Les modernes les appellent, d'une manière exacte, des conventions préparatoires (*pacta praeparatoria**). Par exemple je m'engage à vous prêter 1000 sesterces[49], à recevoir votre argenterie en dépôt, à vous donner en gage le fonds Cornélien, à échanger mon cheval contre le vôtre[50]. Sans doute le contrat qu'on a promis de conclure, n'existe pas encore; dans les espèces indiquées, il n'y a ni prêt, ni dépôt, ni contrat de gage ou d'échange; tous ces contrats étant réels se parfont seulement par la remise de la chose. Mais la convention, telle qu'elle est intervenue entre parties, est parfaite et, si elle a été revêtue de la forme de la stipulation, elle produit une action. Le promettant qui refuse de conclure le contrat convenu, doit payer des dommages et intérêts[51]. — Jusqu'ici il n'a été question que des conventions préparatoires à un contrat réel. *Quid* des pactes préparatoires à un contrat consensuel? Nous nous attacherons à la promesse bilatérale de vendre et d'acheter. Nous la supposons acceptée; elle se présente alors sous la forme suivante « Primus promet à Secundus de lui vendre un cheval pour 1000 as, Secundus accepte cette offre; de son côté Secundus promet d'acheter ledit cheval pour 1000 as, Primus accepte cette offre ». Si la promesse bilatérale de vendre et d'acheter a été faite sous condition ou à terme, elle est valable en ce sens que, la condition venant à s'accomplir ou à l'expiration du terme, il se forme de plein droit une vente ordinaire; toutes les conditions de celle-ci sont réunies; le consentement des parties existe d'une manière pleine et entière[52]. Si la promesse bilatérale de vendre et d'acheter a été faite purement et simplement, il y a encore vente parfaite si les parties ont voulu vendre et acheter présentement[53]. Mais, dans le cas contraire, il n'y a que des pourparlers sans force obligatoire; les parties n'ont pas voulu vendre sur-le-champ et elles n'ont pas davantage fixé une époque ultérieure pour la formation de la vente; à vrai dire leur consentement n'existe point. Elles demeurent libres de ne pas conclure la vente[54]. — On suivra des règles analogues pour la promesse unilatérale de vendre (*pactum de vendendo**) et pour la promesse unilatérale d'acheter (*pactum de emendo**). Nous les supposons acceptées; alors la première se présente comme suit « Primus promet à Secundus de lui vendre son

(49) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 30; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 68.

(50) C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 3.

(51) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 68. Voyez Regelsberger, cité, § 25 initio, Arndts, § 231, 2 initio, et Windscheid, II, § 310, 1.

(52) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 75.

(53) Cf. le n° II, 5° i. f., du présent paragraphe.

(54) C. 4, 21, *de fide instrum.*, L. 17 § 2. Cf. I. 3, 23, *de empt. et vend.*, pr. i. f., et T. III, § 311, I, 2° initio.

cheval pour 1000 as et Secundus accepte cette offre », la seconde comme suit « Secundus promet à Primus d'acheter le cheval de ce dernier pour 1000 as et Primus accepte cette offre ». Aucune de ces promesses ne constitue une vente; celle-ci implique des obligations réciproques; dans l'espèce, l'une des parties est seule tenue, l'autre ne l'est en aucune façon. Il n'en existe pas moins une convention parfaite subordonnée à la condition ' si le stipulant veut acheter ou vendre '. Si plus tard cette condition s'accomplit, parce que le stipulant manifeste effectivement la volonté d'acheter ou de vendre, on se trouve devant un contrat nouveau, qui est une vente. Il y a maintenant consentement sur la vente; le promettant y avait déjà consenti lors de sa promesse, le stipulant vient d'y consentir de son côté. Cette règle s'applique au pacte de rachat, qui est une promesse unilatérale de vendre(55).

4° Il existe encore une convention parfaite lorsque les parties, d'accord sur les points principaux d'une convention, les mettent de commun accord par écrit (*punctatio**), sauf à arrêter plus tard les points accessoires. Cette rédaction atteste la volonté définitive de contracter; si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les points secondaires du contrat, on les fixera d'après les principes généraux du droit(56). Mais, pour qu'il en soit ainsi, il doit y avoir vraiment concours de volontés des parties sur les éléments principaux du contrat. Il se peut qu'il soit seulement intervenu de simples

(55) 1° D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 75, Hermogénien, « Qui fundum vendidit, « ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, *si vendat, non alii, sed sibi* « *distrahat* vel simile aliquid paciscatur : ad complendum id quod pepigerunt, « ex vendito agere poterit ».

« Celui qui a vendu un fonds de terre sous la condition qu'il lui serait loué « pour un certain prix, ou que l'acheteur, s'il le revendait, ne le revendrait « qu'au vendeur originaire, ou bien avec une clause analogue, peut agir en vertu « du contrat de vente pour obtenir l'exécution de la convention ».

Dans ce texte, l'acheteur d'un fonds avait promis, pour le cas où il voudrait le revendre, de ne le revendre qu'au vendeur originaire. Cette convention est déclarée valable et le vendeur primitif peut en poursuivre l'exécution par l'*actio venditi* naissant du pacte ajouté au contrat de vente. En réalité, une seconde vente s'est formée par l'accomplissement de la condition convenue; l'acheteur devenu vendeur doit livrer la chose; le vendeur devenu acheteur est obligé au payement du prix.

2° D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 12, 3° C. 4, 54, *de pact. inter empt. et vend.*, L. 2. Ces deux textes s'occupent d'une promesse *unilatérale* de vendre; dans le premier cette promesse est subordonnée à la condition spéciale que le promettant veuille vendre la chose à un tiers. La promesse *bilatérale* de vendre et d'acheter ne peut avoir moins d'effet. Cf. Regelsberger, cité, § 25, p. 131-132.

(56) Goeschen, II (2), § 438, 2 i. f. — Unterholzner, cité, I, § 27, n° I, 2 initio. — Windscheid, II, § 310, 2, a.

pourparlers; alors l'annotation de ceux-ci est dépourvue de valeur juridique; elle tend exclusivement à faciliter les pourparlers ultérieurs(57). Il se peut aussi que le consentement porte seulement sur la conclusion future d'un contrat; dans ce cas il n'existe qu'une convention préparatoire avec les effets indiqués ci-dessus(58).

5° Dans la vente aux enchères(59), chaque enchère donne lieu à une convention propre. Celui qui expose en vente, manifeste l'intention de vendre d'une manière déterminée, sauf qu'il n'indique pas de prix; il se réserve la faculté de vendre au plus offrant. A défaut d'un prix certain, ces propositions ne sauraient être considérées comme une offre de vendre; elles ont au contraire pour but de provoquer des offres d'acheter de la part des amateurs. Chaque enchérisseur offre d'acheter de la manière proposée et pour le montant de son enchère ' si, dans le délai fixé pour les enchères, on veut lui vendre la chose au prix offert '. Celui qui expose en vente, est libre de refuser cette offre, notamment si l'enchérisseur ne lui paraît pas présenter des garanties suffisantes de solvabilité; mais, par cela seul qu'il ne refuse point et qu'il provoque une surenchère, il accepte tacitement l'offre. Il se forme ainsi une convention parfaite, qui n'est autre qu'une promesse unilatérale d'acheter, subordonnée à la condition ' si le stipulant veut vendre dans le délai fixé '; l'enchérisseur est donc lié, il ne peut plus se rétracter(60). Mais chaque enchérisseur est libéré de plein droit de sa promesse par une offre plus élevée, acceptée comme il vient d'être dit; en acceptant la surenchère, celui qui expose en vente, renonce virtuellement à l'avantage de l'offre inférieure(61). La dernière promesse d'acheter subsiste

(57) Arndts, § 231, 2 i. f. — Windscheid, II, § 310, 2 initio.

(58) Arndts, § 231, 2 i. f. – Windscheid, II, § 310, 2, b. Cf. Regelsberger, cité, § 26-30.

(59) Seuffert (E. A.), *De auctione*, Munich, 1854. — Kindervater, *Jahrb. f. die Dogmatik* VII (1865), p. 1-20 et 356-375. — Ihering, *eod.*, T. VII, p. 166-178 et 376-394. — Unger, *eod.*, T. VIII (1866), p. 134-137. — Regelsberger, cité, § 31-40.

(60) On admet presque unanimement que l'enchérisseur est lié par son offre. Voyez en ce sens Unterholzner, cité, 1, § 26, n° V, 1, Seuffert, cité, p. 16 et ss., Keller, § 223, 7, Kindervater, cité, p. 7-9, Ihering, cité, p. 167 et 178, Regelsberger, cité, § 34, p. 173-174, Vangerow, III, § 636, *Anm.*, n° 2, a, et Windscheid, II, § 308 et notes 11 et 18. Contra Goeschen, II (2), § 506, n° III, 1.

Mais quelle est la cause de l'obligation de l'enchérisseur? Son obligation dérive d'une convention, d'une promesse unilatérale d'acheter, acceptée de la façon indiquée; cf. Seuffert, cité, p. 16 et ss., Ihering, cité, p. 178, Regelsberger, cité, § 33, 34 initio et 35 i. f., et Windscheid, II, § 308, note 18. D'après Vangerow, loc. cit., l'enchérisseur est tenu sur le fondement d'une pollicitation, qu'il se serait tacitement engagé à ne pas révoquer pendant un certain temps.

(61) On ne peut pas objecter que, de cette manière, une surenchère faite par un insolvable enlève le bénéfice d'une première enchère émanée d'une personne

donc seule, subordonnée à la condition que le stipulant vende définitivement dans le délai fixé. Cette promesse ne crée aucune obligation à charge du stipulant, car il n'a pas promis de vendre au plus offrant; il lui est loisible de ne pas vendre[62]. Le seul effet de la promesse d'acheter faite par le dernier enchérisseur est de conférer au stipulant le droit de vendre la chose dans le délai fixé pour les enchères. S'il laisse passer ce délai, la promesse d'acheter tombe[63]. S'il use de son droit dans le délai convenu, la vente se forme par le consentement des parties[64] Elle se forme même en vertu de la dernière offre, indépendamment d'une autre condition, si celui qui expose en vente s'est engagé d'avance à vendre la chose en toute hypothèse au plus offrant; cet engagement constitue une promesse unilatérale de vendre pour un prix certain, pour le prix le plus élevé des enchères, et la dernière enchère rend la vente parfaite[65]. Ces règles ne sont pas spéciales à la vente aux enchères; elles sont applicables par analogie aux autres contrats conclus avec enchères, notamment au louage de choses[66] et au louage qui a pour objet un

solvable; il dépend de celui qui expose en vente, de refuser la surenchère.

En ce sens SEUFFERT, cité, p. 11 et 20, KELLER, § 223, 7, KINDERVATER, cité, p. 9, 13, 357-363 et 371-374, REGELSBERGER, cité, § 35 et 36, 1 et 2, VANGEROW, III, § 636, *Anm.*, n° 2, b, et WINDSCHEID, II, § 308 et notes 12, 13, 14 et 17.

Contra UNTERHOLZNER, cité, I, § 26, note f, KOCH, cité, III, § 331, n° II i. f., et IHERING, cité, p. 167, 168-172 et 387-394.

(62) En ce sens UNTERHOLZNER, cité, I, § 26, n° V, 2, SEUFFEET, cité, p. 13 et ss., KELLER, § 223, 7, IHERING, cité, p. 167-168 et 377-387, REGELSBERGER, cité, § 38, VANGEROW, III, § 636, *Anm.*, n° 1, et WINDSCHEID, II, § 308 et note 16.

Contra PUCHTA, *Pand.*, § 252, et *Vorles.* II, *eod.*, et KINDERVATER, cité, p. 5-16, 364-370, 374. Cf. UNGER, loc. cit. — (63) REGELSBERGER, cité, § 36, 5.

(64) Le vendeur ne peut plus accepter une offre meilleure (D. 50, 1, *ad munic.*, L. 21 § 7; C. 11, 32 (31), *de vend. reb. civit.*, L. 1), alors même que le délai fixé pour les enchères ne serait pas expiré; il a renoncé au bénéfice de ce délai en vendant purement et simplement à un autre (GLÜCK, XVI, § 1005 initio. — GOESCHEN, II (2), § 506, n° III, 2. — MÜHLENBRUCH, II, § 393 et note 9), à moins qu'il ne se le soit réservé d'une manière spéciale. Le fisc seul le conserve de plein droit; C. 10, 3, *de fide et jure hast. fisc.*, L. 4; D. 49, 14, *de jure fisci*, L. 50.

(65) Cf. le n° II, 3°, du présent paragraphe. La circonstance que la promesse de vendre s'adresse ici à une personne incertaine n'exclut pas la volonté de vendre; arg. I. 2, 1, *de rer. divis.*, § 46, et I. 2, 20, *de leg.*, § 25, 26 et 27 initio. On ne peut pas dire non plus que le prix de vente dépend de la volonté de l'acheteur; il dépend plutôt des enchères, c'est-à-dire d'un événement fortuit; il n'est pas au pouvoir d'un amateur déterminé d'en fixer le montant. Celui qui expose en vente, ne peut se soustraire à l'exécution de sa promesse, sous prétexte que le dernier enchérisseur est insolvable, s'il n'a pas exigé spécialement dans sa promesse la condition de la solvabilité; cette condition ne se présume pas. Voyez en ce sens REGELSBERGER, cité, § 33, p. 171-172, VANGEROW, III, § 636, *Anm.*, n° 3, et WINDSCHEID, II, § 308 et notes 11 et 14. Contra IHERING, cité, p. 176.

(66) CIC., *de lege agr.* I, 3, et II, 21; VARRON, *de lingua lat.* VI, 11.

ouvrage déterminé (*locatio conductio operis*)[67]; dans ces louages, c'est l'enchère la moins élevée qui l'emporte[68].

6° *Quid* si l'on promet publiquement ' qu'on payera telle chose à celui qui effectuera une certaine prestation '[69], par exemple je promets 1000 à celui qui découvrira l'auteur d'un délit[70], me rapportera un objet perdu, me procurera un emploi ou bien sortira vainqueur d'un concours[71]. Dans l'espèce, il n'y a pas de pollicitation obligatoire. Le promettant est seulement tenu si un tiers effectue la prestation en vue de laquelle la promesse a été faite[72], son obligation se fonde sur un contrat réel innomé; le tiers a accompli la prestation en vue de la récompense promise et avec le consentement du promettant; il dispose de l'action *praescriptis verbis* à l'effet d'obtenir la récompense[73]. Il est indifférent que la promesse s'adresse à une personne incertaine; l'auteur de la presta-

(67) Cic., *in Verrem* II, lib. 1, c. 54-56.

(68) Tite-Live, XXXIX, 44. Un cas voisin de la vente aux enchères avec engagement de vendre au plus offrant, c'est l'offre de vendre à prix fixe, faite *dans une réunion de plusieurs personnes*. Quoique cette offre s'adresse à une personne incertaine, elle est valable et se transforme en vente dès qu'elle est acceptée par l'une des personnes présentes. En ce sens Regelsberger, cité, § 9, p. 49, Vangerow, III, § 603, *Anm.* 2, n° 7 initio et Windscheid, II, § 308 et note 19 initio. Contra Ihering, cité, p. 173-174 et 380.

Mais l'annonce d'une vente à prix fixe, faite *publiquement*, par affiche ou autrement, ne constitue une offre proprement dite que si elle est accompagnée de l'intention de traiter avec une personne quelconque. En principe, elle a seulement pour but de provoquer les offres des tiers; l'auteur de l'annonce a le droit de refuser de contracter avec les amateurs qui se présentent. Cf. Regelsberger, cité, § 9, p. 49-50, et Windscheid, II, § 308 et note 20.

(69) Bülow, *Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts* I, p. 271-280 Brunswick, 1817. — Ihering, *Jahrb. f. die Dogmatik* IV (1861), p. 93-106. — Exner, *Kritische Vierteljahrschrift* XI (1869), p. 337 et ss. — Tzschirner, *De indole ac natura promissionis popularis « Auslobung » quam vocant*, Berlin, 1869. — Lichtenstein, *Die Auslobung*, Goettingue, 1893, dissert. — Oertel, *Die Lehre von der Auslobung*, Leipzig, 1895.

(70) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 15 i. f. Ce passage suppose une convention conclue par le maître d'un esclave avec un tiers déterminé; il est donc étranger aux promesses publiques.

(71) D. 50, 12, *de pollicit.*, L. 10. Pour d'autres espèces; voyez Regelsberger, cité, p. 197, note.

(72) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 15 i. f. Lorsque plusieurs tiers réalisent la prestation, sauf disposition contraire de la part du promettant, la récompense se partage entre eux par tête, s'ils ont fait la prestation en même temps; dans le cas contraire, le premier venu l'emporte; cf. Vangerow III, § 603, *Anm.* 2, n° 6.

(73) Cf. D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 15 i. f. Pour ce motif, la récompense n'est pas due à celui qui n'a pas connu la promesse; celui-là n'a pu vouloir contracter avec le promettant; Vangerow, III, § 603, *Anm.* 2, n° 6 i. f.

tion est une personne certaine[74]. Il faut aller plus loin. Si, à la suite de la promesse publique, un tiers a fait des sacrifices de travail ou d'argent en vue de la récompense promise, le promettant est déjà obligé, pour le cas où les efforts du tiers aboutiraient, à lui payer cette récompense[75]; il ne peut plus se dégager et son obligation conditionnelle se transmet activement et passivement aux héritiers des parties. Le tiers dont le promettant a provoqué les sacrifices de travail ou d'argent, a dû compter sur la récompense pour le cas de réussite; il serait déçu si le promettant avait la faculté de se dégager[76]. Mais aussi longtemps que les tiers demeurent inactifs, l'auteur de la promesse publique la retire avec une liberté entière, comme toute autre pollicitation, sauf à le faire publiquement. Ainsi simple pollicitation, contrat conditionnel, contrat pur et simple *impleta condicione*, voilà les trois phases par lesquelles peut passer la promesse publique; à tous ces points de vue, elle ne présente aucune particularité[77].

III. Le consentement peut être exclu ou vicié par l'erreur, le dol, la violence ou la simulation; il peut être accompagné d'une condition[78], d'un terme[78] ou d'un mode; § 375-381.

(74) Cf. la note 65 du présent paragraphe. En ce sens TZSCHIRNER, cité, § 5-7, 9-11, et WINDSCHEID, II, § 308, note 3 i. f. Contra SAVIGNY, cité, II, § 61, p. 90-91, REGELSBERGER, cité, p. 197-198, et VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, n° 1 i. f.

(75) Cf. T. III, § 379, IV, A, 1°, *b* i. f.

(76) En ce sens UNTERHOLZNER, cité, I, § 26, n° I i. f., REGELSBERGER, cité, § 46, 47 et 48, n° 2, et VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, n°s 4-5, sauf des différences dans la justification de la doctrine.

D'autres interprètes (SAVIGNY, cité, II, § 61, p. 90-91. — IHERING, cité, p. 103-106. — MOMMSEN, *Erörterungen* II, § 18, p. 135-140. — TZSCHIRNER, cité, § 11. — WINDSCHEID, II, § 308 et note 7) accordent seulement une indemnité pour les travaux déjà faits.

Si un tiers se borne à accepter la promesse publique et à notifier son acceptation au promettant, sans rien faire pour mériter la récompense, il n'oblige pas le promettant; celui-ci n'a pas voulu s'obliger pour l'éventualité dont il s'agit. En ce sens WINDSCHEID, II, § 308 et note 5, d. Contra TZCHIRNER, cité, § 11.

(77) *Quid* si un marchand qui offre publiquement ses marchandises, promet une somme d'argent si ses marchandises sont défectueuses? Cette promesse n'est pas faite dans l'intention sérieuse de s'obliger; le marchand est libre de ne pas traiter avec un tiers qui offre d'acheter sous le bénéfice de la dite promesse; VANGEROW, III, § 603, *Anm.* 2, n° 7 i. f.

Il faut en dire autant de la promesse publique d'une prime à celui qui l'emporterait sur le promettant dans un concours; VANGEROW, loc. cit.

On ne doit pas identifier avec la promesse publique l'annonce d'un marché à prix fixe, faite publiquement, par affiche ou autrement; cf. la note 67 du présent paragraphe. - (78) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2 initio.

§ 375. DE L'ERREUR.

THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* II, p. 100-131.

RICHELMANN, *Der Einfluss des Irrthums auf Verträge*, Hanovre, 1837, 2e édition, 1re de 1832.

VOIGT, *Civil Archiv* LIII (1870), p. 404-432, LIV (1871), p. 23-80, 194-241.

HESSE, *Civil Archiv* LVII (1874), p. 182-253, et *Jahrbücher für die Dogmatik* XV (1877), p. 62-135, 206-250.

ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879.

LEONHARD, *Der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, Berlin, 1882-1883.

L'erreur est une cause d'inexistence de la convention lorsqu'elle est essentielle, c'est-à-dire si elle exclut le consentement des parties(1); dans ce cas il n'y a pas de convention, parce qu'il n'y a pas de consentement(2). Tel étant le motif de la règle, celle-ci doit être suivie, alors même que l'erreur essentielle est inexcusable; la grossièreté d'une erreur ne peut faire qu'il y ait un contrat sans consentement(3). Comme la convention est inexistante, il ne saurait être question d'une action en annulation de la convention; on n'annule pas le néant, une *querela nullitatis** serait un non-sens. La véritable situation juridique est celle-ci : les parties n'ayant rien fait, chacune conserve tous ses droits antérieurs. Si, à l'occasion de l'exercice de ces droits, l'adversaire invoque la convention affectée de l'erreur essentielle, la partie qui s'est trompée, lui opposera l'inexistence de la convention, sauf à prouver son erreur, laquelle ne se présume pas; la justice constatera l'inexistence du contrat, elle ne l'annulera point. Donc pas d'action

(1) Cf. T. I, § 74, I, 1°, et II.

(2) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 57 « In omnibus negotiis contrahendis, sive bona « fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit « aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, *nihil valet quod acti sit*. Et idem « in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio « existimante, *nihil valet ea societas*, quae in consensu consistit ». Voyez encore D. *eod.*, L. 55.

C'est à l'erreur essentielle que se restreint la maxime *errantis nulla est voluntas*; D. 39, 3, *de aqua et aq. pluv. arc.*, L. 8 i. f.; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 116 § 2; C. 1, 18, *de jur. et facti ignor.*, L. 8 i. f., L. 9; D. 2, 1, *de jurisd.*, L. 15; D. 5, 1, *de judic.*, L. 2 pr.

(3) Arg. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 55, L. 57. Il en est de même d'une erreur de droit, dans les cas exceptionnels où elle se présentera ici. Je vous offre une chose en dépôt; vous croyez que le dépositaire d'une chose a le droit de s'en servir et vous acceptez la chose dans cette conviction. Il n'y a ni dépôt ni prêt; l'accord des parties n'existe ni sur l'un ni sur l'autre contrat, peu importe que l'erreur concerne un point de droit.

en exécution du contrat inexistant; si celui-ci a été exécuté, on peut répéter par la *condictio indebiti*; l'absence de convention rend le payement indu et l'on a payé par erreur(4). Chaque partie conserve même ses droits vis-à-vis des tiers et, si elle est propriétaire, elle peut revendiquer(5). A l'erreur essentielle s'oppose l'erreur accidentelle (*error minus essentialis, error concomitans**); c'est l'erreur non exclusive du consentement. Autant l'influence de l'erreur essentielle est capitale, autant l'erreur accidentelle considérée en elle-même est indifférente; elle ne produit aucun effet(6). Elle n'autorise à demander ni la rescision du contrat, ni des dommages et intérêts, ni une diminution du prix. La partie qui est tombée dans l'erreur, doit s'imputer à elle-même de s'être trompée; elle pouvait et devait, avant de contracter, s'entourer des renseignements nécessaires; elle ne peut rien reprocher à son cocontractant. D'ailleurs, il n'est guère de contrat dont la conclusion ne soit accompagnée de quelque erreur chez l'une ou l'autre partie; on n'aurait pu avoir égard à ces erreurs sans ébranler la force obligatoire des conventions. Sans doute, si l'erreur accidentelle a été exploitée par le cocontractant ou bien si elle se rapporte à un vice caché ou à une qualité promise, la partie qui s'est trompée peut, d'après les circonstances, agir en rescision du contrat, en dommages et intérêts ou en diminution du prix. Mais ce droit ne résulte pas de l'erreur comme telle; il constitue un effet du dol de la partie adverse, du vice caché ou de la qualité promise; celui qui s'engage à livrer une chose ayant des vices cachés ou n'ayant pas les qualités promises, est au moins coupable de faute; il devait connaître le vice caché et le déclarer à la partie adverse(7) ou bien ne pas garantir à la légère des qualités qui n'existaient pas(7a). Recherchons maintenant dans quels cas l'erreur est essentielle. L'erreur peut se rapporter à la convention elle-même, à la chose qui fait l'objet de la convention, à la personne du cocontractant, aux motifs de fait qui déterminent à contracter.

I. *De l'erreur relative à la convention.* 1° L'erreur relative à la convention est évidemment essentielle si elle porte sur l'identité du contrat, si chaque partie a eu en vue un contrat différent; car il n'y a consentement sur aucun contrat. Par exemple, je vous remets une somme d'argent dans l'intention de

(4) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18 § 1. — (5) Cf. le n° I, 1°, du présent paragraphe.

(6) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 § 1 « Plane si in nomine dissentiamus, verum « de corpore constet, nulla dubitatio est quin valeat emptio et venditio : *nihil* « *enim facit error nominis*, cum de corpore constat ». Voyez encore D. 12, 6, *de* « *cond. indeb.*, L. 65 § 2.

(7) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 1 § 2. — (7a) Cf. THIBAUT, cité, T. II, n° 4, IV.

vous la prêter, vous croyez recevoir une libéralité(8), ou réciproquement(9). Je vous remets de l'argent pour servir à la montre (commodat *ad pompam vel ostentationem*), vous croyez qu'il vous est est donné en *mutuum*(10), ou vice versa(11). Je vous remets une chose en dépôt; vous croyez recevoir un prêt(12). Ou bien encore je vous livre une chose pour que vous l'ayez en gage, vous pensez qu'elle vous est vendue pour le montant de votre créance(13). Dans ces divers cas, aucun contrat n'étant arrivé à l'existence, il y a lieu à la *condictio indebiti*(14). Mais y a-t-il transfert de la propriété de la chose ainsi livrée? Une distinction est nécessaire. La propriété est transférée si, malgré le désaccord sur le contrat, il y a consentement des parties sur le transfert de la propriété, en d'autres termes si le *tradens* et l'*accipiens* ont eu respectivement la volonté de transférer et d'acquérir la propriété, ce qui suppose que l'un et l'autre ont eu en vue un contrat tendant à une aliénation. Ce consentement des parties sur le transfert de la propriété constitue la juste cause de tradition; dès lors, les autres conditions de la tradition étant réunies, la propriété est transférée par tradition, nonobstant l'inexistence du contrat que chaque partie a eu directement en vue. Tel est le cas où je vous remets de l'argent pour vous le prêter, tandis que vous croyez à une libéralité, ou réciproquement(15). Le *tradens* ayant perdu la propriété de la chose,

(8) Arg. des textes cités à la note suivante.

(9) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18 pr. « Si ego pecuniam tibi quasi donaturus « dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse : sed « an mutua sit videndum. Et puto nec mutuam esse »; D. 41, 1, *de A R. D.*, L. 36 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 3, § 1.

(10) Arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18 § 1 « idem est et si tu quasi mutuam pecu- « niam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi.. ».

(11) L. 18 § 1 cit., vis citis. — (12) L. 18 § 1 cit. initio.

(13) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 pr. initio, et C. 4, 22, *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*, L. 5.

(14) D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18 § 1 i. f. Toutefois la *condictio indebiti* est repoussée par une exception de dol si les choses reçues ont été consommées par l'*accipiens*, à la suite d'une tradition faite *animo donandi* et avant la révocation de la volonté de donner. Ici le *tradens* a voulu lui-même la consommation à titre gratuit; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18 pr. i. f. Voyez POTHIER, *Pand. Justin.* 41, 1, nº 58, note *k*.

(15) D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 36, JULIEN, « Cum in corpus quidem quod « traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, *non animadverto, cur* « *inefficax sit traditio*, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum « esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si « pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam « accipias, *constat proprietatem ad te transire*, nec impedimento esse quod circa « causam dandi atque accipiendi dissenserimus ».

Contra D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 18 pr., ULPIEN, « Si ego pecuniam tibi quasi

n'a pas la revendication. Par contre, la propriété n'est pas transférée dans le cas où le consentement sur ce transfert fait défaut; alors la juste cause de tradition est exclue et la tradition nulle. C'est ce qui arrive dans les trois dernières espèces indiquées ci-dessus[16]. Le *tradens* étant demeuré propriétaire peut revendiquer[16a].

2° L'erreur relative à la convention est également essentielle si les parties, tout en voulant conclure la même espèce de contrat, ont voulu contracter chacune sous une modalité différente, par exemple l'une purement et simplement, l'autre sous condition ou à terme. Ici encore fait défaut le consentement des parties; celles-ci ne sont d'accord ni sur l'une ni sur l'autre modalité; admettre le contrat avec l'une ou l'autre modalité, ce serait aller à l'encontre de la volonté d'une partie[17].

II. *De l'erreur relative à la chose qui fait l'objet de la con-*

« donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non « esse : sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse *magisque nummos* « *accipientis non fieri*, cum alia opinione acceperit.... ».

L'opinion de Julien mérite la préférence; voyez T. II, § 174, note 14.

(16) N° I, 1° initio, du présent paragraphe.

(16a) Un cas distinct des précédents est celui où l'on conclut une convention avec quelqu'un qu'on considère à tort comme créancier en vertu d'une cause antérieure (contrat, legs, etc.). Par exemple, un héritier chargé par le testateur de vendre sa maison à un tiers la lui vend effectivement ou bien s'engage à lui payer une somme d'argent afin de pouvoir garder la maison, et le legs qui lui imposait cette charge était nul ou infirmé. Dans l'espèce l'erreur est accidentelle, car elle n'exclut pas la volonté de conclure la convention. Mais celle-ci est conclue indûment et par erreur; on peut la faire rescinder par la *condictio indebiti*; D. 12, 7, *de cond. sine causa*, L. 1 pr. « Est et haec species condictionis, si quis « sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine « causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obliga- « tionem » et § 2, L. 3.

Applications : 1° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 5 § 1 i. f. cbn. avec l'initium; cf. D. 2, 14, *de pact.*, L. 51, 2° D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 31, 3° D. 44, 4, *de doli mali exc.*, L. 7 pr. i. f. et § 1 cbn. avec le pr. initio; D. 39, 5, *de donat.*, L. 2 § 3, 4° D. 36, 4, *ut in poss. legat.*, L. 1 pr., 5° C. 2, 5, *de err. calc.*, L. 1 i. f.

La même *condictio indebiti* sert à répéter ce qu'on a déjà payé en exécution du contrat; si la partie adverse en poursuit l'exécution, elle est repoussée par une exception de dol; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 5 § 1; D. 44, 4, *de doli mali exc.*, L. 7 pr. initio et § 1.

Comparez sur cette question Richelmann, cité, § 12, p. 41-42, Savigny, *System* III, *Beilage* VIII, n° XI, p. 359-362, et Molitor, cité, T. I, n° 96, T. II, n° 859 initio et 1°. Molitor admet à tort l'inexistence de la convention.

(17) Gaius, III, 102 i. f.; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 5; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 1 § 3. En vertu des deux derniers textes, la stipulation est même nulle quand à une demande conditionnelle on répond d'une manière pure et simple; le stipulant n'a pas manifesté la volonté d'être créancier pur et simple, et le promettant n'a pas manifesté celle d'être débiteur conditionnel.

vention. 1° Pas de doute que l'erreur soit essentielle si elle porte sur l'individualité de la chose, c'est-à-dire si chaque partie a eu en vue un objet différent (*error in corpore*). Des deux parties l'une veut vendre le cheval A, l'autre veut acheter le cheval B; il n'y a vente ni du cheval A, ni du cheval B; le consentement des parties n'existe pour la vente ni de l'un ni de l'autre cheval(18).

2° L'erreur sur les qualités de la chose ne donne lieu non plus à aucune difficulté s'il s'agit d'une convention unilatérale et que le *stipulant* se soit trompé sur les qualités de la chose. Cette erreur est toujours accidentelle, quelle que soit la nature de la qualité, par exemple quelqu'un stipule un objet de cuivre dans la croyance que c'est un objet d'or. Celui qui fait une stipulation unilatérale, veut dans tous les cas recevoir la chose qu'il a stipulée, plutôt que de ne rien recevoir(19). Outre que la stipulation est valable, le promettant, en le supposant coupable de dol, doit des dommages et intérêts(20). Mais *quid* si, dans une convention unilatérale, c'est le *promettant* qui s'est trompé sur les qualités de la chose, ou bien si, dans une convention synallagmatique, l'une ou l'autre partie s'est trompée sur les qualités? Ici l'erreur est essentielle si la qualité sur laquelle elle porte, est constitutive du genre de la chose, en d'autres termes si, en admettant l'existence de la qualité supposée, la chose appartiendrait à un genre autre que celui auquel elle appartient réellement. Pour résoudre cette question, il faut tenir compte des idées généralement reçues et des habitudes commerciales, plutôt que des règles de la chimie(21). Dans tous les autres cas, l'erreur relative aux qualités de la chose stipulée est accidentelle. Ce système est rationnel. En contractant sur une chose, nous avons en vue, indépendamment de l'individu matériel, le genre de cet individu; l'espèce à laquelle appartient l'individu, a autant d'importance que l'individualité même de la chose; il existe autant de différence entre le genre A et le genre B qu'entre l'individu A et l'individu B. Si donc l'erreur tombe sur le genre de la chose, il est vrai de dire qu'il n'y a pas de consente-

(18) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 23; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 pr.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 1 initio, L. 137 § 1; C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 10. Cf. D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 34 pr., où il faut évidemment lire, à l'encontre de la Florentine, « *Quoniam autem in corpore* NON *consenserimus* ».

De même la convention est nulle si l'une des parties a eu en vue alternativement le cheval A ou le cheval B, l'autre le cheval A seulement; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 2.

(19) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 22 initio. Cf. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 1 § 2 initio.

(20) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 22 i. f. Cf. D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 1 § 2 i. f.

(21) Voyez en ce sens SAVIGNY, *System* III, § 137-138, et VANGEROW, III, § 604, *Anm.*, n° II, 2 initio.

ment[22]. Au contraire, si les parties sont d'accord sur l'identité physique de la chose et sur son genre, le consentement existe et l'erreur relative aux qualités de la chose ne peut être qu'accidentelle. Sans doute, les parties peuvent avoir contracté d'une manière spéciale en considération d'une qualité non constitutive du genre de la chose, et alors le débiteur est responsable de l'absence de la qualité. Mais cette responsabilité résulte de la convention spéciale intervenue entre parties et non de l'erreur; elle est régie par les règles sur la garantie des qualités promises, et non par celles de l'erreur[23]. Considérons quelques cas particuliers.

(22) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 § 2 « ceterum si vinum non acuit, sed ab « initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur ». Cf. note 27.

(23) 1° D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 45, Marcien, « Labeo libro posteriorum « scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita « emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam « sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem « ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo « contingit : quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, « tenetur, ut aurum quod vendidit praestet ».

« Labéon écrit, dans le livre de ses œuvres posthumes, que si quelqu'un a « acheté des habits remis à neuf pour des habits neufs, Trebatius était d'avis « que des dommages et intérêts devaient être prestés à l'acheteur, pourvu qu'il « eût acheté par erreur les habits remis à neuf. Pomponius de son côté approuve « cette opinion, qui est aussi celle de Julien. Ce dernier dit que si le vendeur « ignorait la condition des habits, il est seulement tenu à raison de la chose « elle-même, mais que s'il le connaissait, il est en outre tenu du dommage qui « en résulte pour l'acheteur, de la même manière que s'il avait vendu de bonne « foi un vase en laiton pour un vase d'or, il serait tenu de prester l'or vendu ».

Cette loi prévoit successivement deux hypothèses.

Il est certain que, dans la première, le vendeur avait garanti, expressément ou tacitement, que les habits étaient neufs. D'abord on a l'habitude de vendre ainsi les habits. Mais surtout le vendeur, fût-il de bonne foi, est tenu envers l'acheteur *ipsius rei nomine*; cette obligation s'explique seulement par la promesse spéciale du vendeur que les vêtements étaient neufs; la simple erreur, essentielle ou accidentelle, ne peut la produire. Marcien décide que le vendeur de bonne foi est tenu *ipsius rei nomine*, c'est-à-dire qu'il doit fournir des vêtements neufs en échange des vêtements remis à neuf; arg. des mots *ut aurum quod vendidit praestet*. Subsidiairement il en devra la valeur. S'il est de mauvaise foi, il sera tenu de tous autres dommages et intérêts, par exemple si l'acheteur des habits y a fait des impenses; le vendeur a dû les prévoir à cause de son dol.

La seconde espèce de la loi consiste dans la vente d'un vase en laiton ou cuivre jaune (mélange de cuivre et de zinc), que l'acheteur croyait être un vase d'or. Ici encore le vendeur avait garanti que le vase était d'or. Cela résulte de la comparaison que la loi établit entre ce cas et le précédent, qui est hors de contestation. Les mots *pro auro vendidisset* et *aurum quod vendidit* militent dans le même sens. Enfin le vendeur, fût-il de bonne foi, doit fournir un vase en or en remplacement du vase en laiton, ce qui suppose une clause de garantie.

2° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 2, Paul, « Quamvis supra diximus, cum in cor-

J'achète un objet de cuivre croyant que c'est un objet d'or, un objet de plomb croyant que c'est un objet d'argent. Le cuivre et

« pore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen « venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque « nesciet : veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt ».

« Bien que nous ayons dit ci-dessus qu'il y a vente si nous sommes d'accord « sur la chose et en désaccord sur la qualité de la chose, cependant le vendeur « doit tenir compte à l'acheteur de l'intérêt que celui-ci avait à ne pas être « trompé, même si le vendeur a ignoré également l'absence de la qualité; par « exemple si l'on achète, comme étant de bois de citronnier, des tables faites « d'un autre bois ».

Ce texte suppose une vente de tables de bois. Le vendeur avait garanti qu'elles étaient de bois de citronnier; elles ne l'étaient point. Le jurisconsulte ne mentionne pas expressément la garantie de la qualité du bois. Mais il décide que le vendeur est responsable de l'absence de la qualité du bois nonobstant sa bonne foi; or cette responsabilité ne peut résulter d'une simple erreur de l'acheteur; elle se justifie seulement par la promesse de la qualité du bois. Le mot *deceptum* fait d'ailleurs allusion à une semblable promesse. Si l'on admet que telle est l'espèce de la loi 21 § 2, sa décision ne donne lieu à aucune difficulté. Le vendeur doit fournir les tables promises ou en payer la valeur; s'il est de mauvaise foi, il est tenu de tous autres dommages et intérêts. La combinaison de la loi 21 § 2 avec la loi 45 expliquée en premier lieu conduit à ce résultat.

Pour écarter l'hypothèse d'une promesse de la qualité dn bois, on pourrait dire qu'au commencement du passage, Paul parle d'un dissentiment des contractants sur la qualité de la chose (*de qualitate autem dissentiamus*), et que ce dissentiment n'existe pas si le vendeur d'une table de bois garantit de bonne foi du bois de citronnier et que l'acheteur croit à cette qualité; dans le dernier cas, vendeur et acheteur sont d'accord pour croire que la table est de bois de citronnier. Mais le jurisconsulte se place à deux points de vue différents au commencement et à la fin du texte. Nous avons reconnu, dit-il, l'existence de la vente, nonobstant le désaccord sur la qualité de la chose. Seulement, continue-t-il, il ne faut pas conclure de là que le vendeur ne doit pas garantir les qualités par lui promises, qu'il peut tromper ainsi l'acheteur. Paul, en présentant cette considération, a si bien cessé de songer à un dissentiment sur la qualité qu'il parle d'un vendeur ignorant l'absence de la qualité (*etsi venditor quoque nesciet*); dans un cas pareil, vendeur et acheteur croient que la table est de bois de citronnier; il n'est plus question d'erreur.

Dans l'explication de la loi 21 § 2, nous nous sommes arrêté à la leçon *emptionem esse*, qui est celle de la Florentine et qui est adoptée par les frères Kriegel, par Mommsen, Savigny et Vangerow. Cependant certains manuscrits des Pandectes portent *emptionem* NON *esse* et cette leçon a été admise par Haloander et Cujas Si on l'adopte, Paul voudrait dire qu'un simple désaccord des parties sur les qualités de la chose rend la vente inexistante, sans préjudice de la responsabilité du vendeur, fût-il de bonne foi; tel serait le cas où quelqu'un aurait acheté des tables de bois ordinaire, dans la persuasion qu'elles étaient de bois de citronnier. Cette explication soulève toute sorte d'objections. Comment la simple erreur sur les qualités de la chose vendue pourrait-elle être d'une manière générale essentielle? Comment en particulier l'erreur sur la qualité du bois aurait-elle ce caractère? Comment la seule erreur de l'acheteur sur les

l'or, le plomb et l'argent forment des genres différents; donc l'erreur est essentielle[24].

J'achète un objet de cuivre doré ou de plomb argenté, croyant qu'il est d'or ou d'argent à l'intérieur comme à la surface. L'erreur est encore essentielle; un objet de cuivre doré ou de plomb argenté est en réalité un objet de cuivre ou de plomb; la dorure et l'argenture sont accessoires[25].

J'achète, comme étant d'or pur, un objet composé d'un mélange d'or et de cuivre, ou bien, comme étant d'argent pur, un objet composé d'un mélange d'argent et de plomb. Ici l'erreur est simplement accidentelle, quel que soit le titre de l'or ou de l'argent, et alors même que le cuivre ou le plomb entrerait pour la plus forte quantité dans la composition du corps mélangé. Malgré l'alliage du cuivre ou du plomb, on ne peut pas dire que l'objet acheté soit de cuivre ou de plomb, qu'il appartienne à un genre différent de celui que l'acheteur avait en vue[26].

qualités de la chose vendue pourrait-elle engager la responsabilité du vendeur de bonne foi?

En résumé, dans les deux espèces du D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 45, et dans celle du D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 2, le vendeur avait promis une certaine qualité de la chose; cette qualité faisait défaut. Dans la première espèce de la loi 45 et dans le cas de la loi 21 § 2, il s'agissait d'une qualité non générique; l'erreur de l'acheteur au sujet de la qualité était donc accidentelle et la vente existait. Dans la seconde espèce de la loi 45, la qualité manquante était générique; l'erreur de l'acheteur était essentielle et la vente inexistante. Mais, que la vente existe ou non, le vendeur qui a garanti la qualité, est responsable envers l'acheteur; s'il lui est possible de fournir un autre objet ayant la qualité promise, par exemple s'il l'a dans son magasin, il doit fournir ce dernier objet; car c'est celui-là qu'il a réellement vendu; L. 45 cit. Subsidiairement il est tenu de payer la valeur de la chose promise; L. 21 § 2 cit. S'il est de mauvaise foi, il doit tous autres dommages et intérêts; à raison de son dol, il a dû les prévoir; L. 45 et L. 21 § 2 cit.

Au sujet de ces deux lois cf. SAVIGNY, *System* III, § 137, p. 285-290, et § 138, p. 295-297, MOLITOR, cité, I, n° 102, et VANGEROW, III, § 604, *Anm.*, n° II, 2, a et b. — (24) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 § 2, L. 14 i. f. Cf. notes 26 et 27.

(25) D. *eod.*, L. 41 § 1 " Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida " vendidisti imprudens : nulla est emptio pecuniaque eo nomine data con- " dicetur „.

(26) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 10 " Aliter atque si aurum quidem fuerit, " deterius autem quam emptor existimaret : tunc enim emptio valet „, L. 14, ULPIEN, " Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut " puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? ut puta " coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendi- " dissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem constat esse " ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum " putem, valet venditio : si autem aes pro auro veneat, non valet „.

" Mais que dirons-nous si les deux parties se sont trompées sur la matière et

J'achète du vinaigre croyant que c'est du vin. L'erreur est essentielle ; au point de vue des transactions commerciales, le vin et le vinaigre sont des genres différents ; les parties contractantes les considèrent comme aussi distincts que l'or et le cuivre, bien que le vinaigre de vin provienne du vin. Mais l'erreur est simplement accidentelle si j'achète par erreur du vin aigri ; le vin aigri n'en est pas moins du vin(27).

" la qualité de la chose? par exemple, si moi je croyais vendre de l'or et vous " en acheter, alors que c'était de l'airain? Ainsi, des héritiers ont vendu à un " cohéritier pour un haut prix un bracelet qu'on croyait être d'or, et plus tard " on constata qu'il était en grande partie de bronze? Il est constant qu'il y a " vente, par le motif que le bracelet contient de l'or. En effet, si un objet se " compose d'or en partie seulement, alors que je l'ai considéré comme étant " entièrement d'or, la vente est valable. Mais elle est nulle si on vend de " l'airain pour de l'or ".

Dans cette loi, le mot *inauratum* ne désigne pas un objet doré, bien que telle soit sa signification habituelle (Dirksen, *Manuale latinitatis*, v° Inaurare), mais un corps composé d'un mélange d'or et d'un autre métal. Si l'on se prononçait dans le premier sens, il existerait une contradiction entre notre passage et la loi 45 § 1, *eod.*, qui déclare nul l'achat fait par erreur d'un objet doré (note 25), tandis que notre passage admettrait sa validité. De plus les mots *inauratum aliquid* et *auri aliquid* ne conviennent pas au cas d'une dorure. C'est aussi l'opinion générale. Il importe peu que l'or domine ou non. Cf. Richelmann, cité, § 16, et note 98, Unterholzner, cité, I, § 28, note r, et Savigny, *System* III, § 137 et note h.

(27) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 § 2, Ulpien, « Inde quaeritur, si in ipso " corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino " veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, " an emptio et venditio sit Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem " esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum, " Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum " acuit : ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, " aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, " quotiens in materia erratur ».

« Maintenant on demande s'il y a vente lorsqu'on se trompe, non pas sur la " chose elle-même, mais sur sa substance, par exemple lorsqu'on a vendu du " vinaigre pour du vin, de l'airain pour de l'or, du plomb ou un autre métal " ressemblant à l'argent pour de l'argent. Marcellus a écrit au sixième livre de " son Digeste qu'il y a vente, parce qu'on est d'accord sur la chose nonobstant " l'erreur sur la matière. Certes je partage cette opinion pour le vin; car la " substance du vinaigre est à peu près la même que celle du vin, pourvu que le " vin soit seulement devenu aigre. S'il ne s'est pas aigri, mais que dès le prin- " cipe il ait été du vinaigre, comme le vinaigre préparé pour les mets, on est " censé avoir acheté une chose pour une autre. Mais, en ce qui concerne les autres " espèces, je pense que la vente est inexistante toutes les fois qu'on s'est trompé " sur la matière ».

On ne peut conclure de cette loi qu'il y a vente si quelqu'un a acheté du vinaigre de vin, croyant acheter du vin. D'après les termes mêmes de la loi, la vente est nulle si le vinaigre a été directement fabriqué (*si ab initio acetum*

J'achète une table de bois, croyant qu'elle est de bois de chêne, de citronnier ou de noyer, tandis qu'elle est de bois blanc Ici l'erreur est simplement accidentelle, car elle ne porte pas sur le genre de la chose. Cependant le vendeur qui affirme la qualité du bois, doit la garantir[28].

J'achète un cheval, croyant que c'est un cheval de course, alors qu'il est impropre à la course. L'erreur est accidentelle, elle est étrangère au genre de la chose. Mais si quelqu'un me vend un cheval comme étant un cheval de course, il est tenu de me garantir la qualité promise.

J'achète un animal, en me trompant sur son sexe[29], sur son âge ou bien sur le point de savoir si l'animal du sexe féminin a déjà eu des petits. En principe toutes ces erreurs sont accidentelles; elles ne concernent pas le genre de l'animal. L'erreur sur le sexe devient seulement essentielle si, dans les transactions commerciales, on a l'habitude de s'attacher au sexe, de telle façon que chaque sexe est réputé former une espèce distincte. Quant à celui qui déclare vendre un animal d'un sexe déterminé, il est responsable d'une manière absolue de l'absence de la qualité promise[30].

fuit); cette règle s'applique au vinaigre de vin comme à un vinaigre différent apprêté directement pour les mets; Ulpien cite l'*embamma* à titre d'exemple (*ut embamma*). Peu importe que le legs de vin comprenne le vinaigre de vin, si le testateur le considérait comme vin (D. 33, 6, *de trit. vino v. oleo leg.*, L. 1, L. 9 pr. i. f.), ce qu'on veut expliquer par une prétendue habitude romaine de boire du vinaigre de vin.

En ce sens Richelmann, cité, § 17, note 101. Cf. Savigny, *System* III, § 137, p. 278 et note d, p. 281-282, p. 284 et note n. Contra Glück, IV, § 297, note 96.

L'acheteur de vin aigri a-t-il un recours pour vice caché? Non; l'aigreur du vin est un vice apparent; l'acheteur pouvait le constater facilement par la dégustation, qui est usuelle dans l'espèce; arg. D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 14 § 10, cbn. avec D. 18, 6, *de P. et C. R. V*, L. 4 § 1 " difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut " ne degustet.. „. — (28) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 1. Cf. note 23.

(29) Cette erreur peut être due à la cécité ou à l'inexpérience de l'acheteur; cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 11 pr.

(30) Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 11 § 2 ' Quod si ego me virginem emere " putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit : in sexu enim non est erratum. " Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu " error est, nulla emptio, nulla venditio est „.

Cette dernière décision ne doit pas être généralisée. Elle est vraie pour les esclaves, parce que, dans l'intention des parties, un homme esclave et une femme esclave sont bien différents; chacun présente une utilité propre. Elle doit être étendue par analogie au cas où quelqu'un aurait acheté un taureau croyant acheter une vache, mais non au cas d'erreur sur le sexe d'un cheval; ici la chose ne change pas de nature ou de destination, selon qu'elle appartient à l'un ou à l'autre sexe.

En ce sens Savigny, *System* III, § 137, p. 282. Contra Richelmann, cité, § 17 initio, et Unterholzner, cité, I, § 28, n° II i. f.

L'erreur sur le nom de la chose, du fonds par exemple, est manifestement accidentelle (31).

Est encore accidentelle l'erreur relative à la propriété de la chose, soit que le promettant ait cru à tort être propriétaire (32), soit que le stipulant ait faussement attribué la propriété au promettant ou à un tiers (32), soit qu'un mandataire ait promis sa propre chose, croyant promettre celle du mandant (33). Une pareille erreur ne concerne pas le genre de la chose, mais une qualité purement extérieure et, comme on peut en général promettre la chose d'autrui, la validité de la convention ne rencontre aucun obstacle (34). Sans doute la convention qui porte sur la chose d'autrui, est nulle si elle consiste dans une dation, comme le prêt de consommation ou l'échange, et l'on ne stipule pas valablement sa propre chose. Mais ces conventions ne sont pas frappées de nullité pour cause d'erreur; la première est nulle parce que la dation, qui est de son essence, n'a pas eu lieu, la seconde parce qu'elle a pour objet une prestation impossible (35).

3° Une erreur sur la quantité se conçoit à deux points de vue :

a) Les parties peuvent se tromper sur la *quantité stipulée*, en ce sens que l'une promet une certaine quantité et que l'autre stipule une quantité différente. A vrai dire cette erreur porte sur l'individualité de la chose, du moins en partie; c'est une erreur *in corpore*. Pour en déterminer les effets, il faut séparer les conventions unilatérales des conventions bilatérales. — Les premières valent indistinctement pour la quantité la plus faible, car il y a consentement pour cette quantité. Vous stipulez 10, je promets 20; en promettant 20, je promets à plus forte raison 10; nous sommes d'accord

(31) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 § 1; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 32. Cf. D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 34 pr. — (32) Arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 28.

(33) D. 17, 1, *mand.*, L. 49 " Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo : " mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse,... puto Titium, " quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori... „. Cf. T. II, § 176, II, 3°. — (34) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 28. Cf. § 373, I i. f.

(35) D'après certains auteurs (Richelmann, cité, § 15-19. — Mühlenbruch, II, § 338, IV, 2-3. — Molitor, cité, I, n°s 101-104. — Cf. Unterholzner, cité, I, § 28, n° II, et Maynz, III, § 201 et notes 8-10), l'erreur relative aux qualités de la chose est essentielle si elle porte sur la substance ou la matière de la chose, *error in substantia vel in materia* (arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 9 § 2, L. 11 pr., L. 14), à moins que les parties n'aient considéré plutôt la forme de la chose que sa substance, comme il arrive pour les œuvres d'art, auquel cas l'erreur sur la substance serait accidentelle et l'erreur sur la forme deviendrait essentielle. Cette doctrine manque de précision; on se demande ce qui caractérise la substance ou la matière de la chose. A notre avis c'est le genre; voyez les auteurs cités à la note 21 du présent paragraphe.

Pour d'autres opinions divergentes voyez Zitelmann, cité, p. 560-584, Brinz, IV, § 627, et Windscheid, I, § 76-76a.

sur 10[36]. En sens inverse, vous stipulez 20, je promets 10 ; en stipulant 20, vous avez stipulé 10 plutôt que rien ; il y a consentement sur 10[37]. De même, si vous stipulez 10 et que je promette ' 10 ou 20 ', ou bien réciproquement, la stipulation vaut pour 10 ; il y a accord parfait sur cette somme[38]. — S'agit-il de conventions synallagmatiques, la stipulation vaudra encore pour la moindre quantité, si le promettant s'est engagé à payer plus qu'on n'a stipulé de lui. Vous m'offrez de me louer votre maison pour 10, je vous promets 20 ; ma promesse de 20 implique une promesse de 10 ; nous sommes d'accord sur la dernière somme[39]. *Idem* si la demande étant de 10, la promesse est de ' 10 ou de 20 '[40]. Mais la convention bilatérale est nulle pour le tout, si le promettant s'engage à payer une quantité moindre que celle qu'on stipule de lui. Vous demandez comme loyer de votre maison la somme de 20, je vous offre 10 ; il n'y a pas même bail pour 10 ; vous n'avez nullement consenti à me louer votre maison pour 10[41]. Toutefois le bail vaut pour les 10 qui ont été offerts, si le prix demandé est de ' 10 ou 20 '[42].

b) L'une des parties peut encore se tromper sur la *quantité de la chose stipulée*, en d'autres termes sur la contenance ou l'étendue de la chose qui fait l'objet du contrat, par exemple sur la contenance du fonds acheté. Cette erreur concerne une simple qualité de la chose et cette qualité n'a rien de commun avec le genre de la chose ; l'erreur est donc accidentelle[43]. Mais il se peut que le débiteur ait garanti une quantité déterminée, par exemple une contenance de 100 arpents pour le fonds vendu ; alors il est responsable du déficit, comme de l'absence d'une autre qualité promise[44].

4° L'erreur sur les accessoires de la chose est accidentelle, qu'elle

(36) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 1 § 4 " Si stipulanti mihi ' decem ' tu ' viginti ' respon- " deas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. „.

(37) L. 1 § 4 cit. " Ex contrario quoque si me ' viginti ' interrogante tu ' decem ' " respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta : licet enim oportet " congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse „.

Non obstat Gaius, III, 102, et I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 5 initio. Ces passages excluent seulement la convention pour la somme la plus forte ; Molitor, cité, I, n° 107. — Maynz, II, § 200 initio.

(38) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 3 et arg. de ce texte.

(39) D. 19, 2, *loc.*, L. 52 i. f. — (40) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 3.

(41) D. 19, 2, *loc.*, L. 52 initio. — (42) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 § 3.

(43) *Non obstat* D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57-58. Si, dans les espèces prévues par ces lois, la vente est frappée d'inefficacité totale ou partielle, c'est parce que la chose vendue ayant péri en tout ou en partie le jour du contrat, la vente manque d'objet en tout ou en partie ; ce n'est pas à cause de l'erreur de l'acheteur sur la perte. Cf. § 373, I, 1°.

(44) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 2 pr., L. 4 § 1. Cf. T. III, § 390, I, H.

porte sur l'individualité[45] ou sur les qualités[46] d'un accessoire. Cette erreur n'empêche pas le consentement sur la chose principale; ce consentement suffit à l'existence et à la pleine validité du contrat. Quant aux accessoires, le promettant devra livrer toutes les choses qui ont ce caractère en vertu de la convention ou de la loi[47] et, dans le doute, on se prononcera en sa faveur; c'était le créancier qui devait stipuler plus clairement l'accessoire[48].

III. *De l'erreur relative à la personne du cocontractant.* Cette erreur est essentielle sous deux conditions.

1° Il faut qu'elle porte sur l'individualité du cocontractant, c'est-à-dire qu'on ait voulu contracter avec une personne physiquement différente de celle qui s'est offerte au contrat. Tel est le cas où voulant commander un tableau à A, que je connais imparfaitement, je prends B pour A et lui commande le tableau. Par contre, l'erreur est accidentelle si, voulant contracter avec l'individu physique qui s'est présenté au contrat, on s'est simplement trompé sur ses qualités. Je commande un tableau à A, dans la fausse persuasion que c'est un peintre de mérite, tandis qu'il est sans valeur; ici le consentement existe, j'ai bien voulu contracter avec A[49]. Toutefois, il se peut que l'erreur sur la qualité de la partie adverse implique une erreur essentielle relativement à l'objet de la convention; alors cette dernière erreur rend la convention inexistante[50]. L'héritier véritable d'un défunt partage les biens héréditaires avec un héritier simplement apparent, qu'il considère comme son cohéritier. Le partage est nul, car il est dépourvu d'objet; il suppose une communauté entre les contractants et, dans l'espèce, cette communauté n'existe pas[51].

(45) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 pr. initio. — (46) Arg. L. 34 pr. initio cit.

(47) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 38 pr.

(48) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 pr. Pour le motif indiqué, ce texte permet logiquement au vendeur d'un fonds de terre de livrer l'esclave Stichus que lui a eu en vue, tandis que l'acheteur avait eu en vue un autre esclave du même nom. Cujas (*Observ.* I, c. 10) a proposé à tort de remplacer le mot *venditor* par *emptor*. Cf. T. III, § 382*a*, note 8.

L'erreur sur un accessoire est accidentelle alors même qu'elle concerne l'existence de l'accessoire, qui a péri le jour du contrat. Seulement, dans ce cas, il y a perte partielle de la chose faisant l'objet du contrat, donc on doit appliquer les règles générales relatives à cette perte; cf. § 373, I, 1°. Rappelons à ce sujet que, s'il s'agit de l'achat d'une maison, c'est le bâtiment qui est la chose principale; l'incendie du bâtiment constitue une perte totale et rend la vente inexistante pour le tout.

(49) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 19 pr. « Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus condicionis ejus.. ».

(50) Voyez Mühlenbruch, II, § 338, n° III i. f.

(51) D. 10, 2, *fam. ercisc.*, L. 36, v^is^ Plane si.....

2° Il faut que l'erreur relative à l'individualité du cocontractant ait été commise à l'occasion d'un contrat dont la cause déterminante était la considération de la personne de la partie adverse. Telles sont les conventions de bienfaisance; je veux faire une donation à A; je la fais à B, que je prends pour A. Telles sont aussi les nombreuses conventions à titre onéreux où l'on s'attache aux qualités personnelles de la partie adverse. En particulier, l'erreur concernant l'identité du cocontractant est essentielle dans toutes les obligations de faire où l'on a égard à l'habileté du débiteur, par exemple si, voulant commander un tableau à A, je le commande à B. Il en est de même si je me trompe sur la personne physique de mon coassocié, d'un dépositaire, d'un emprunteur, d'un locataire, d'un acheteur. Dans ces divers cas, il ne m'est pas indifférent de contracter avec A ou avec B; je contracte en vue de la diligence, de la solvabilité, du crédit et des relations sociales de mon coassocié, en vue de l'honorabilité du dépositaire, en vue de la solvabilité de l'emprunteur, du locataire ou de l'acheteur(52). Cette solvabilité est un élément essentiel du contrat; elle exerce une influence décisive sur la prestation, la prestation elle-même en dépend, elle fera défaut si le débiteur est insolvable. Mais l'erreur est simplement accidentelle si je me trompe sur la personne du prêteur, du bailleur ou du vendeur; ici la personne de mon cocontractant est indifférente; peu m'importe d'emprunter, de louer, d'acheter de A ou de B; ce qui m'intéresse, ce sont les conditions du marché(53).

(52) Nos sources sont muettes. Le D. 47, 2, *de furt.*, L. 52 § 21, L. 67 (66) § 4, ne décide pas la question, quoiqu'on ait soutenu le contraire. Voici l'objet de ces deux passages. Comme je voulais faire un prêt de consommation à un certain Titius, qui était solvable, vous m'avez frauduleusement amené, soit un autre Titius insolvable (L. 52 § 21 cit. initio), soit un faux Titius (L. 67 § 4 cit. initio), et je lui ai remis les espèces. Si l'*accipiens* est de mauvaise foi, il sera coupable de vol et vous serez tenu comme son complice; L. 52 § 21 i. f., L. 67 § 4 initio. Un autre texte décide que ce vol exclut le prêt; D. *eod.*, L. 43 pr. Si l'*accipiens* est de bonne foi, il n'y aura pas vol; j'aurai seulement contre vous une action *in factum*; L. 67 § 4 cit. i. f. Mais *quid* ici du *mutuum?* Nous pensons qu'il est nul pour cause d'erreur sur la personne de l'emprunteur. Les lois précitées ne le disent point; elles laissent la question indécise. Cf. WINDSCHEID, I, § 76a, note 5 i. f.

(53) *Non obstat* D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 32, CELSUS, « Si et me et Titium « mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, « tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? « Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti : sed propius est ut « obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter « consentientes fieri non potest) : sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam « mihi a te reddi bonum et aequum est ».

« Si vous avez demandé à emprunter de l'argent à Titius et à moi, et que j'aie « ordonné à mon débiteur de vous le promettre, mais que vous l'ayez stipulé « de lui dans la croyance qu'il était débiteur de Titius, est-ce que vous êtes

Moyennant le concours des deux conditions susdites, l'erreur relative à la personne de la partie adverse est exclusive du consentement. Le contrat était de telle nature qu'on ne voulait unir sa volonté qu'à celle d'une personne déterminée, et cette union n'a pas eu lieu ; on a traité non pas avec A, avec lequel on voulait traiter, mais avec B ; le consentement fait défaut(54).

« obligé envers moi? J'en doute, parce que vous n'avez conclu aucun acte juri-
« dique avec moi. Néanmoins, je suis disposé à admettre que vous êtes obligé,
« non pas à cause d'un prêt d'argent que je vous aurais fait (ceci n'a lieu
« qu'entre personnes qui consentent), mais parce que vous avez reçu mon argent
« et qu'il est équitable que vous me le restituiez ».

Pour l'intelligence de cette loi, commençons par faire observer que si un créancier donne à son débiteur le mandat de prêter de l'argent à un tiers et que le débiteur le prête effectivement, l'emprunteur est tenu *ex mutuo* envers le créancier de celui qui a compté l'argent; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 15 initio; cf. T. III, § 393, note 84 i. f. Dans l'espèce de la loi 32, vous m'aviez demandé de l'argent en prêt et vous aviez fait la même demande à Titius. Je vous avais délégué mon débiteur, qui vous avait promis l'argent et vous l'avait ensuite prêté; mais vous aviez cru que c'était le débiteur de Titius. Il n'est pas intervenu de prêt entre vous et moi; donc je n'ai pas contre vous l'*actio mutui*. Je dispose seulement d'une *condictio sine causa*, fondée sur le payement que mon débiteur vous a fait sans cause. On lui a donné le nom de *condictio Juventiana*, parce que la loi 32 est empruntée à un écrit de Juventius Celsus; Glück, T. XII, § 779, p. 25-26, et T. XIII, § 836, note 41; cette dénomination n'est pas justifiée. On ne peut conclure de cette décision que le *mutuum* serait nul si on avait reçu les fonds d'une personne, croyant les recevoir d'une autre. Rien ne prouve que, dans le cas de la loi 32, les conditions du prêt qui vous avaient été proposées par Titius et par moi, fussent en tous points les mêmes; elles pouvaient être différentes, notamment quant aux intérêts; dès lors on comprend que vous ne soyez pas tenu en vertu d'un *mutuum* auquel vous n'avez pas consenti. C'est à cette hypothèse spéciale que doit être restreinte la loi 32. En ce sens Maynz, II, § 201, note 11.

(54) Arg. D. 5, 1, *de judic.*, L. 2 pr. « Aut si putaverunt alium esse praetorem « pro alio, aeque error non dedit jurisdictionem.. », cbn. avec l'initium du passage, et D. 2, 1, *de jurisd.*, L. 15. Aux termes de ces lois, il n'y a pas de prorogation de juridiction si les parties litigantes, d'accord pour soumettre leur différend au préteur, se sont par erreur adressées à quelqu'un qui n'était pas préteur; car, dit le jurisconsulte, il n'y a pas de consentement dans l'espèce; *cum... non consentiant qui errent*; L. 15 cit.; *error enim litigatorum... non habet consensum*; L. 2 pr cit.

En ce sens Bücher, cité, § 35, 1° a. γ, Arndts, I, § 239, 1, Brinz, IV, § 528, p. 55-57 et Namur, I, § 241, 2, 5°.

Cf. Unterholzner, cité, I, § 28, n° IV, Mühlenbruch, II, § 338, n° III initio, Molitor, cité, I, n° 98, Koch, cité, II, § 78, n° III, 1, Maynz, II, § 201 et notes 11 et 14, Zitelmann, cité, p. 556-560, Brinz, IV, § 528, 2, et Windscheid, I, § 76a.

Pour d'autres interprètes (Savigny, *System* III, § 136 initio. — Richelmann, cité, § 8-9. — Thibaut, *Versuche* II, p. 110-114, et *System* I, § 373, n° I, 1, B d initio. — Puchta, *Pand.*, § 65, 1, a, et *Vorles.* I, § 65, 2, a initio. — Vangerow III, § 604, *Anm.*, n° III initio), l'erreur relative à l'individualité du cocontractant est

IV. *De l'erreur relative aux motifs de faits qui déterminent à contracter.* Cette erreur est toujours accidentelle. Les motifs de fait qui déterminent à contracter, ne forment pas un élément du contrat. Celui-ci suppose des parties capables, un objet et le consentement; les motifs de fait qui décident à contracter, n'ont rien de commun avec l'un de ces trois éléments; ils sont étrangers au contrat et partant l'erreur sur ces motifs ne saurait exclure le consentement des parties(55). Par exemple je fais une donation à A dans la conviction qu'il m'a rendu des services, en gérant mes affaires; je constate plus tard qu'il m'a volé(56), Ou bien j'achète, soit un cheval sur le faux bruit que le mien a péri, soit des marchandises sur de faux bruits de hausse Ou bien encore j'achète un fonds de terre, en prévision de la construction d'une route publique le long de l'immeuble acheté, et cette prévision ne se réalise point(57). La règle énoncée est absolue; elle admet seulement des modifications apparentes :

1° Les parties peuvent avoir subordonné leur convention à la réalité du fait qui détermine à contracter; je puis sur la nouvelle que mon cheval est mort, acheter le vôtre ' si le mien est effectivement mort '. Alors la convention est nulle si le fait qui a déterminé

d'une manière générale essentielle; arg. D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 32. Toutefois Savigny, cité, p. 271-272 et note 1, ajoute que si la personne de la partie adverse est indifférente, la partie qui s'est trompée s'abstiendra souvent, faute d'intérêt, d'invoquer la nullité de la convention et pourra même confirmer celle-ci. Cette confirmation d'un contrat inexistant ne se comprend pas. — Richelmann, cité, § 8 i. f., estime que si l'individualité de la partie adverse n'a pas été la cause déterminante du contrat, l'erreur sur cette individualité ne constitue pas juridiquement une erreur. C'est abandonner virtuellement le principe d'après lequel la dite erreur serait essentielle. — Vangerow admet que l'erreur sur l'identité du cocontractant peut ne pas exclure le consentement, sans s'expliquer sur la portée de cette exception.

On a aussi soutenu (Molitor, cité, I, n° 98 i. f. — Savigny, *System* III, § 136, note i i. f.) que l'erreur relative à l'identité de la partie adverse, en la supposant essentielle, n'entraîne qu'une nullité relative de la convention; la partie qui s'est trompée pourrait seule s'en prévaloir. Mais comme l'erreur essentielle rend la convention inexistante, cette inexistence est nécessairement vraie pour les deux contractants et la partie qui s'est trompée est impuissante pour lui donner l'existence.

(55) D. 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 3 § 7 i. f.; D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 52 « ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit.. ».

(56) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 65 § 2 « Id quoque, quod ob causam datur, « puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari « volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse ».

(57) Par application du même principe, la tradition transfère la propriété, nonobstant l'erreur sur le contrat préalable, pourvu qu'il y ait consentement sur le transfert de la propriété; D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 35. Cf. le n° I, 1°, et note 15, du présent paragraphe.

à contracter, est inexact, si dans l'espèce précitée mon cheval n'est pas mort; les parties n'ont voulu contracter que pour autant que le fait qui a porté à contracter, fût exact, que mon cheval fût réellement mort; la convention est nulle par l'effet de la clause spéciale que les parties y ont ajoutée, et non à cause de l'erreur sur le motif de fait. Si le motif du contrat est exact, si le cheval de l'acheteur est effectivement mort, le contrat est pur et simple; il n'est pas conditionnel, car il ne dépend pas d'un événement futur (58).

2° Il se peut que l'erreur sur le motif de contracter ait été provoquée ou utilisée par le cocontractant. Dans ce cas celui-ci est coupable d'un dol, qui produit les effets ordinaires (59).

§ 376. DU DOL.

D. 4, 3, et C. 2. 20 (21), *de dolo malo.*

VALETT, *Praktisch-theoretische Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Privatrechts*, p. 63-137, Goettingue, 1824.

DUBUISSON, *Essai sur la théorie du dol en droit romain*, Dijon, 1897, thèse.

I. *Notions et conditions.* 1° Le dol [*dolus malus, dolus, fraus*(1)], commis dans la conclusion d'une convention, consiste à exploiter l'erreur d'une partie afin de la déterminer à conclure la convention (2).

(58) Cf. § 379, I, 1°.

(59) D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 38 " Quidam debitor *epistulam quasi a Titio mitti* " *creditori suo* (en présentant au créancier une lettre par laquelle Titius prenait " la dette à sa charge) effecit, ut ipse liberetur : hac epistula creditor deceptus " Aquiliana stipulatione et acceptilatione liberavit debitorem : postea epistula " falsa vel inani reperta creditor major quidem annis viginti quinque de dolo " habebit actionem, minor autem in integrum restituetur ".

Cf. RICHELMANN, cité, § 11-12, SAVIGNY, *System* III, § 115, p. 112-114, et *Beilage* VIII, nos X et XI, et MAYNZ, II, § 201 et note 12.

(1) *Dolus* et *fraus* sont synonymes (D. 17, 2, *pro socio*, L. 3 § 3 i. f.; cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 79), sauf que *fraus* désigne aussi le dommage causé par le dol (D. 38, 5, *si quid in fraud. patr.*, L. 1 § 15) et même par une convention non entachée de dol; D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 10. Cf. MÜHLENBRÜCH, *Continuation du commentaire de* GLÜCK, XXXVI, § 1421g, note 72.

(2) Cf. T. I, § 75, 1°. Le dol a pour but, soit de se procurer un bénéfice aux dépens de la partie trompée, et telle est la règle, soit de nuire simplement à la partie trompée par un tiers. Dans le premier cas il y a une fraude proprement dite, dans le second une méchanceté, une *malitia.*

Tous les caractères du dol sont réunis lorsque, à l'occasion d'une vente aux enchères, le vendeur produit de faux enchérisseurs. En ce sens KOCH, cité, III, § 331 et note 6a, et REGELSBERGER, *Vorverhandlungen bei Verträgen*, § 39. Contra, en principe, VANGEROW, III, § 636, *Anm.*, n° 4 i. f. Mais il n'y a pas de dol si

L'ancien droit romain n'y avait aucun égard[3]. Il partait du point de vue que le dol n'avait pas exclu le consentement[4]; la convention était donc arrivée à l'existence, elle devait produire ses effets. Les parties qui désiraient se prémunir contre la fraude, stipulaient réciproquement l'une de l'autre l'absence de dol (*dolum malum abesse afuturumque*[5] ou des dommages et intérêts pour le cas de dol[6], ou bien encore une somme d'argent déterminée pour cette éventualité[7]; c'était la *clausula doli*[8]. Elle n'était productive d'une action que si elle était revêtue de la forme de la stipulation[9] ou ajoutée immédiatement à un contrat de bonne foi[10]. Ce fut C. Aquilius Gallus qui, à l'occasion de sa préture en l'an 66 avant J. C.[11], accorda de plein droit une action à la victime du dol pour obtenir la réparation du dommage qu'elle avait subi[12]. Les anciennes conventions relatives au dol n'en demeurèrent pas moins en usage[13]; elles permettaient de fixer d'avance le montant des dommages et intérêts à payer éventuellement[14]. Parfois même on stipulait l'absence d'un dol et d'un jurisconsulte (*dolus malus abesto et jurisconsultus*)[15] ou bien d'un dol et du droit civil (*dolus malus abesto et jus civile*)[16]. Ces clauses qui attestent quelque défiance vis-à-vis des jurisconsultes, semblent avoir eu pour

l'acheteur désintéresse les autres amateurs, pour qu'ils renoncent aux enchères; le vendeur qui croit qu'il n'existe pas d'autres amateurs, ne verse dans aucune erreur; en réalité il n'en existe pas. En ce sens, généralement du moins, VANGEROW, III, § 636, *Anm.*, n° 4 initio. Contra REGELSBERGER, cité, § 38.

(3) Cic., *de offic.* I, 10, III, 14, et *de natura deorum* III, 30.

(4) Cf. le n° II, 1°, du présent paragraphe

(5) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 13 initio; D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 19 pr.; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 69.

(6) Cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 13 i. f., et D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 19 § 1.

(7) Arg. I. 3, 15, *de V. O.*, § 7.

(8) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 22 i. f., L. 53 i. f.; D. 46, 8, *rat. rem haberi*, L 19 i. f.

(9) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 13, L. 121 pr. — (10) Cf. T. III, § 361, 2°.

(11) CIC., *Topica* 7.

(12) CIC., *de natura deorum* III, 30 " everriculum malitiarum omnium, judicium " de dolo malo : quod C. Aquilius, familiaris noster, protulit „, et *de offic.* III, 14. Dans le premier passage, Cicéron se borne à attribuer à Aquilius la création de l'*actio doli*; il ne parle pas de l'*exceptio doli*. Ulpien (D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33 initio) accorde la paternité de cette exception à un préteur inconnu du nom de Cassius. La dernière création a dû précéder celle de l'*actio doli*. Il semble même que, pour les contrats de bonne foi, l'exception de dol doive remonter à l'origine de la procédure formulaire; cf. GAIUS, IV, 108; Cassius l'aura seulement étendue aux contrats de droit strict. Cf. PERNICE, *Labeo* II (1), p. 197-309, GIRARD, *Nouvelle revue historique* XXI (1897), p. 266, note 2, et *Manuel*, p. 419 et note 3, SCHILLING, III, § 128 et note d, et VANGEROW, I, § 185, *Anm.*, n° I initio et 1.

(13) Voyez les textes cités aux notes 5 à 9 du présent paragraphe.

(14) Cf. T. III, § 307, 1°. — (15) *Corpus inscr. latin.* VI (2), n° 12133.

(16) C. I. L. VI (2), n° 8862. Cf. BRUNS, *Fontes* I, p. 300 et note 2.

but d'exclure l'interprétation littérale du contrat et de faire prévaloir d'une manière plus large la volonté des parties.

2° Pour que le dol ait de l'influence sur la convention, il doit avoir été pratiqué par le cocontractant(17) ou bien, avec la complicité de celui-ci, par un tiers(18). Si un tiers s'est seul rendu coupable de la fraude, la convention produit ses pleins effets(19); la partie trompée par un tiers ne peut rien reprocher à son cocontractant; celui-ci doit recueillir tout le bénéfice du contrat, le dol du tiers ne doit pas lui nuire. Toutefois il arrive que, par application d'autres principes, le dommage résultant du dol du tiers soit susceptible d'être redressé entre parties :

a) Il se peut que la partie trompée par le tiers ait versé dans une erreur essentielle; alors le contrat est inexistant(20).

b) Si, par suite du prêt frauduleux de faux poids de la part d'un tiers, un vendeur a livré une quantité de marchandises trop forte ou trop faible, le vendeur peut répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a livré de trop et l'acheteur dispose de l'*actio empti* pour obtenir le manquant(21).

La partie trompée par un tiers a en principe contre ce tiers l'action de *doli*(22). Mais, par suite du caractère subsidiaire de cette

(17) D. *h. t.*, L. 15 § 3; L. 16; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 § 1.

(18) D. *h. t.*, L. 7 pr.

(19) Arg. D. *h. t.*, L. 7 pr. et § 10, L. 8, et D. 50, 14, *de proxenet.*, L. 2.

(20) D. *h. t.*, L. 7 pr. « aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.. »; cf. note 31 du présent paragraphe.

(21) D. *h. t.*, L. 18 § 3, Paul, « De eo qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin « si majora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti condictione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest : nisi si « ea condicione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi « causa adfirmasset se aequa pondera habere ».

« Trebatius accordait l'action de dol contre celui qui avait prêté sciemment de « faux poids, pour permettre au vendeur de peser les marchandises à l'acheteur. « Mais, s'il a prêté des poids trop forts, les marchandises livrées en trop peuvent « être répétées; s'il a prêté des poids trop faibles, l'acheteur peut agir en vertu « de la vente pour obtenir la quantité de marchandises qui lui manque. Il en « est autrement si les marchandises ont été vendues à la condition d'être pesées « à l'aide des poids du tiers, parce que celui-ci avait affirmé frauduleusement « avoir des poids exacts ».

Dans ce passage Paul, se séparant de Trebatius, refuse en général l'*actio doli* contre le tiers auteur de la fraude, parce qu'il existe une autre action entre parties. Il excepte seulement le cas où l'emploi des poids du tiers était une condition spéciale de la vente, de telle façon que le vendeur et l'acheteur ne pouvaient agir l'un contre l'autre. Cf. le n° I, 5° i. f., du présent paragraphe.

Il va de soi que la *clausula doli* peut être étendue au dol des tiers (*si* HUJUS REI *dolus malus non aberit*); D. 46, 7, *judic. solvi*, L. 19 § 1; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 69; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 13 i. f., L. 121 pr.

(22) D. *h. t.*, L. 7 pr. initio et § 10, L. 8; D. 50, 14, *de proxenet.*, L. 2.

action[23], elle ne peut y recourir que si elle est sans action contre la partie adverse[24] ou bien si son action contre la partie adverse ne lui procure pas la réparation complète du préjudice subi, à cause de son objet[25] ou de l'insolvabilité du cocontractant[26].

II. *Effets du dol.* 1° Le dol n'est jamais une cause d'inexistence de la convention; il permet seulement de la faire rescinder ou bien de réclamer des dommages et intérêts, selon qu'il est principal ou accessoire. C'est que le dol comme tel n'exclut en aucun cas le consentement des parties; pour avoir été déterminé par des manœuvres frauduleuses, le consentement n'en existe pas moins : de même qu'on dit du contractant violenté moralement « *coactus voluit, sed tamen voluit** »[27], on doit dire du contractant trompé « *deceptus voluit, sed tamen voluit** ». Le consentement existant malgré le dol, la convention existe aussi. Sans doute, le dol peut être accompagné d'une erreur essentielle et, dans ce cas, il n'y aura pas de convention; mais c'est là un effet de l'erreur et non un effet du dol[28]. Cette doctrine est corroborée par le développement historique du droit romain en notre matière. Il est certain que, d'après l'ancienne législation romaine, les conventions surprises par dol avaient une existence juridique; elles produisaient même leurs pleins effets[29]. Plus tard le préteur créa l'action et l'exception de dol; il est impossible d'admettre que la concession de ces voies de droit aient eu pour effet de rendre inexistant un contrat pleinement reconnu en droit civil. La réforme prétorienne prouve même le contraire. Dans le cas d'un dol principal, la partie trompée a le droit d'agir en rescision de la convention[30]; or, on ne saurait faire rescinder un contrat inexistant; l'annulation du néant ne se comprend point. Si les conventions surprises par dol avaient été frappées de nullité, les voies de droit rescisoires accordées par le préteur, l'action naissant du contrat de bonne foi et l'action de dol auraient manqué d'objet; elles ne deviennent intelligibles que si l'on

(23) Cf. le n° III, A, 2°, du présent paragraphe.

(24) D. *h. t.*, L. 7 pr. « aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet « circumscriptus est.. », cbn. avec l'initium (cf. note 31 du présent paragraphe p. 413-415), L. 18 § 3.

(25) C'est ce qui peut se produire dans les deux cas mentionnés au n° I, 2°, *a* et *b*; les actions qui compètent ici à la partie trompée contre son cocontractant, ne sont pas des actions en dommages et intérêts. — (26) Arg. D. *h. t.*, L. 5, L. 6.

(27) Cf. D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 21 § 5 initio.

(28) Cf. D. *h. t.*, L. 7 pr. « aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.. », cbn. avec l'initium. Cf. note 31 du présent paragraphe p. 413-415. — (29) Cf. le n° I, 1° initio, du présent paragraphe.

(30) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 5; C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 5, L. 8, L. 10. — D. *h. t.*, L. 18 pr. initio.

part de l'idée que la convention surprise par fraude existe, mais peut être rescindée(31). — Les effets du dol varient selon qu'il est principal ou accessoire. Il est principal (*causam dans contractui**) s'il est la cause déterminante de la convention, de sorte que sans la fraude on n'eût contracté en aucune façon; il est accessoire (*incidens in contractum**) s'il détermine seulement à conclure

(31) On fait parfois valoir cette autre considération que s'il s'agit d'un contrat de bonne foi, la partie trompée peut recourir à l'action naissant du contrat; on en conclut que le contrat existe. L'argument n'est pas décisif. Si l'on a vendu de mauvaise foi une chose hors du commerce ou bien une chose qui a péri au moment du contrat, celui-ci est inexistant; I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5 initio; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57 § 1 initio; cette inexistence n'empêche pas l'acheteur de disposer de l'*actio empti* en dommages et intérêts; I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5 i. f.; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62 § 1. Cf. § 373, I, 1° initio, et II, 2°.

La doctrine défendue ici s'appuie sur les textes suivants :

1° C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 10 " Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate " pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, " in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum " cum quo contraxerat in integrum restitutio competit „.

Dans l'espèce de cette loi, un acheteur avait trompé son vendeur et le dol était principal, puisqu'il donne lieu à la restitution en entier. La chose vendue avait été livrée à l'acheteur, qui de son côté l'avait transférée à un tiers. La constitution décide que le vendeur trompé n'est pas admis à revendiquer contre le tiers; elle ajoute que l'acheteur originaire lui a transmis la propriété, ce qui suppose évidemment qu'il l'avait lui-même. Ce résultat est inconciliable avec l'hypothèse d'une vente inexistante. Si la vente n'avait pas eu d'existence, la tradition de la chose aurait été nulle, faute d'une juste cause de tradition; elle n'aurait donc pas transféré la propriété à l'acheteur, qui n'aurait pu la transmettre au sous-acquéreur. C'est le vendeur originaire qui eût conservé la propriété et avec elle la revendication.

2° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 27 " Si quis colludente procuratore meo ab eo " emerit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus, ut aut stetur emptioni " aut discedatur „.

Un mandataire avait vendu une chose pour compte de son mandant, mais à la suite d'un concert frauduleux avec l'acheteur. Celui-ci était donc coupable de dol et son dol était principal, puisque le mandant est autorisé à se désister de la vente. Question de savoir ce que peut faire l'acheteur. Il peut seulement (*hactenus*) agir contre le vendeur, afin que celui-ci décide si la vente sera maintenue ou non. Il résulte de là que si le mandant se prononce en faveur du maintien du contrat, celui-ci est obligatoire pour l'acheteur. Cette dernière règle est incompatible avec l'idée d'une vente inexistante; on ne comprend pas qu'une pareille vente oblige l'une des parties; c'est le néant qu'on invoque contre elle; comment pourrait-elle être contrainte d'exécuter le néant?

3° D. 46, 2, *de novat.*, L. 19 " Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, " cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est..... „.

Quelqu'un étant devenu créancier à la suite d'un dol, avait délégué un tiers auprès du débiteur, pour que celui-ci s'obligeât envers le délégué; le débiteur s'était effectivement engagé envers le délégué. Le nouveau contrat avait eu lieu *animo novandi*; arg. des mots *adversus secundum creditorem* et de la rubrique du titre du Digeste. D'après le texte, le débiteur ne peut pas opposer

à des conditions plus onéreuses une convention qu'on eût aussi conclue sans la fraude. Le dol principal est une cause de rescision du contrat; en effet, sans ce dol le contrat n'aurait pas été conclu;

ser l'exception de dol à son nouveau créancier. La décision eût été différente si le dol commis à l'égard du débiteur avait rendu la convention inexistante; dans cet ordre d'idées, il n'y avait pas d'ancienne obligation; donc la novation était impossible et le promettant n'était pas plus tenu vis-à-vis du délégué que vis-à-vis du stipulant primitif.

Non obstant :

1° D. *h. t.*, L. 7 pr., Ulpien, " Et eleganter Pomponius haec verba ' si alia " actio non sit ' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet " salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus " libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circum- " scriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in " manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo empto- " rem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc " ipso ut venderet circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit " in integrum restitutionem : nam adversus manumissum nulla in integrum " restitutio potest locum habere „.

" Pomponius interprète justement les mots ' s'il n'existe pas d'autre action ' " comme suit : si les intérêts de celui dont il s'agit ne peuvent être sauvegardés " autrement. Il ne faut pas considérer comme contraire à cette opinion ce que " Julien écrit au quatrième livre. Si, dit Julien, un mineur de vingt-cinq ans, " trompé par le conseil de son esclave, a vendu celui-ci avec son pécule et que " l'acheteur l'ait affranchi, ou bien on doit donner l'action de dol contre " l'affranchi (car nous, Ulpien, entendons ceci du cas où l'acheteur est de bonne " foi, de manière à ne pas être obligé en vertu de la vente), ou bien, si le mineur " a été trompé quant à la vente même, on doit décider que la vente est inexis- " tante. D'ailleurs la circonstance que l'on prend comme exemple un mineur ne " justifie pas la restitution en entier, car celle-ci ne peut avoir lieu contre un " affranchi „.

L'édit prétorien n'accordait l'*actio doli* qu'à défaut de toute autre action. D'après Pomponius cela signifiait : à défaut de tout autre moyen de sauvegarder les intérêts de la personne trompée. Ulpien se demande si cette opinion de Pomponius n'est pas contredite par l'enseignement de Julien dans l'espèce suivante. Un mineur trompé par son esclave l'avait vendu et l'acheteur avait affranchi l'esclave. Julien distinguait si l'erreur qui avait accompagné le dol de l'esclave, était essentielle ou accidentelle. Dans le premier cas (*si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*) la vente de l'esclave était inexistante (*nullam esse venditionem*), donc aussi sa tradition et sa manumission de la part d'un non-propriétaire; le mineur ayant conservé la propriété de l'esclave pouvait le revendiquer, ce qui excluait l'action de dol. Dans le second cas (erreur accidentelle), Julien accordait l'action de dol contre l'affranchi (*dandam in manumissum de dolo actionem*). Pour concilier cette doctrine de Julien avec celle de Pomponius, il suffit, dit Ulpien, d'accorder seulement l'*actio doli*, dans l'hypothèse d'une erreur accidentelle, si l'acheteur est de bonne foi (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem*); s'il est de mauvaise foi, le mineur a contre lui l'*actio venditi* (*ut ex empto teneri non possit*) et l'action de dol se trouve ainsi écartée. En résumé, d'après Ulpien, le mineur dispose seulement de l'*actio doli* contre l'affranchi, s'il a été victime d'un dol accompagné d'une erreur simplement accidentelle et si

le dommage qu'il a causé à la partie trompée, consiste dans la conclusion du contrat; dès lors la réparation du dommage doit

en outre l'acheteur est demeuré étranger à la fraude. Nous admettons que les mots *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* appartiennent à l'énoncé de l'opinion de Julien et que la seule correction d'Ulpien consiste dans la phrase *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*, que Mommsen, dans son édition du Digeste, place effectivement entre parenthèses. Ulpien termine par l'observation que, dans le cas d'une erreur accidentelle du vendeur et de la bonne foi de l'acheteur, l'*actio doli* contre l'affranchi n'est pas exclue par la restitution en entier du mineur contre la manumission; cette restitution est généralement impossible; D. 4, 4, *de minor.*, L. 9 § 6, L. 10, L. 48 § 1; D. *h. t.*, L. 24.

On présente souvent l'explication suivante de la loi 7 pr. Julien aurait décidé d'une manière absolue que le mineur a l'*actio doli* contre l'affranchi. D'après Ulpien, cette règle ne pourrait être suivie que dans le cas de bonne foi de l'acheteur (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem*). Elle ne pourrait pas l'être si l'acheteur était complice de la fraude de l'esclave. En effet, étant donné un dol accessoire de l'acheteur, celui-ci serait soumis à l'*actio venditi* (*ut ex empto teneri non possit*); si le dol était principal (*si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*), la vente serait inexisante (*nullam esse venditionem*), de même que la tradition et l'affranchissement de l'esclave; celui-ci pourrait être revendiqué par le mineur. Dans les deux hypothèses, une autre action exclurait l'*actio doli*. — Cette explication n'est pas satisfaisante. Pour les motifs indiqués ci-dessus, il est impossible de considérer le dol principal comme une cause d'inexistence de la vente. De plus on attribue à Ulpien une pensée doublement inexacte. Dans le cas de bonne foi de l'acheteur, le jurisconsulte soumettrait toujours l'affranchi à l'*actio doli*; or cette action doit être exclue nonobstant la bonne foi de l'acheteur si, par suite du dol de l'esclave, le mineur a versé dans une erreur essentielle. D'autre part, Ulpien distinguerait sans utilité le dol principal et le dol accessoire; le dol, fût-il principal, le mineur a contre l'acheteur l'*actio venditi*; arg. I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5, et D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62 § 1. Cette action suffit pour écarter l'*actio doli* contre l'affranchi; pas n'était besoin de constater que cette *actio doli* était exclue une seconde fois par la possibilité de revendiquer l'esclave sur le fondement de la prétendue nullité de la vente.

D'après Vangerow (III, § 605, *Anm.* 1, n° II, 4°), Ulpien approuverait dans deux cas la concession de l'*actio doli* contre l'affranchi, couformément à la doctrine de Julien : 1° si l'acheteur est de bonne foi, 2° si la vente est inexistante à cause d'une erreur essentielle du vendeur. Cette explication est inadmissible dans sa seconde partie. Si une erreur essentielle du vendeur rend la vente inexistante, il est impossible d'accorder l'*actio doli* contre l'affranchi; car le vendeur dispose d'une autre action, il peut revendiquer l'affranchi demeuré son esclave.

2° C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 1. Cette loi est étrangère à la question; elle vise une vente extorquée par violence morale (*per vim coactus*).

3° D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 5 § 2. Ce texte déclare *nullius momenti* la vente faite par un pupille à son tuteur, avec l'autorisation d'un cotuteur, si le tuteur a acheté frauduleusement. Le jurisconsulte veut dire que la vente est inefficace. Ce qui le prouve, c'est qu'il admet la confirmation de la vente (L. 5 § 2 i. f.); cette confirmation est inapplicable à un contrat inexistant.

4° D. 4, 4, *de minor.*, L. 16 § 1. Ce passage dit d'une société surprise par dol à

consister dans la rescision du contrat[32]. De plus, la partie trompée a droit à tous autres dommages et intérêts[33]. Dans le cas d'un dol accessoire, la partie trompée a seulement droit à des dommages et intérêts; le contrat doit être maintenu; car, sans la fraude, on l'eût aussi conclu, mais à des conditions moins onéreuses; une simple indemnité pécuniaire constitue une réparation complète du dommage résultant de la fraude[34]. La partie trompée peut être contrainte par son cocontractant d'opter pour le maintien ou pour la rescision du contrat[35]; il ne doit pas être en son pouvoir de

un mineur " nullam esse societatem nec inter majores quidem et ideo cessare " partes praetoris :.... satis enim ipso jure munitus est (*scil. minor*) „. L'expression *nullam esse societatem* doit être entendue *pro subjecta materia;* elle signifie que le mineur, étant protégé par le droit commun, n'a pas besoin de la restitution en entier.

5° D. 17, 2, *pro socio*, L. 3 § 3. Aux termes de ce passage, une société conclue *dolo malo aut fraudandi causa* est *ipso jure nullius momenti.* Le jurisconsulte a en vue une société qui a pour objet de commettre des délits; les mots *fraudandi causa* en font foi.

En ce qui concerne le D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 3 initio, L. 57 § 3, qui s'occupent du dol réciproque des contractants, il en sera question à la note 37 du présent paragraphe. — (32) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 5.

(33) Le dol peut avoir empêché la partie trompée de conclure un autre contrat avantageux; cf. I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5, et D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62 § 1.

(34) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 4, L. 32. Voyez en ce sens BURCHARDI, *Wiedereinsetzung*, § 18, p. 323-351, PUCHTA, *Pand.*, § 57, 1, MOLITOR, cité, I, nos 111-112, KOCH, cité, II, § 76, nos I-II, ARNDTS, § 237, et WINDSCHEID, I, § 78 et note 5. Quelques interprètes, tout en admettant que le dol n'empêche pas en général le contrat d'arriver à l'existence, soutiennent qu'il a cet effet dans le contrat de société (arg. D. 4, 4, *de minor.*, L. 16 § 1, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 3 § 3), lorsqu'un tuteur contracte frauduleusement avec son pupille *cotutore auctore* (arg. D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 5 § 2) et dans le cas d'un dol réciproque des contractants; arg. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 3 initio, L. 57 § 3. Voyez en ce sens MÜHLENBRUCH, II, § 337. Cf. GOESCHEN, I, § 85, SCHILLING, III, § 254, note a, et SINTENIS, I, § 22, note 13. Les textes invoqués en faveur de cette opinion ne sont pas concluants; voyez les notes 31 i. f. et 37 du présent paragraphe.

Des auteurs (GLÜCK, IV, § 293-295. — VALETT, cité, § 3 et 5-13. — UNTERHOLZNER, cité, I, § 38, n° I. — THIBAUT, I, § 376, n° I, 1, B) considèrent le dol principal comme une cause d'inexistence du contrat, du moins quand celui est de bonne foi. Mais il est difficile d'admettre que le dol puisse exclure ou ne pas exclure le consentement, selon qu'il s'agit de contrats de bonne foi ou de contrats de droit strict.

D'autres (MAYNZ, II, § 202, p. 166. — NAMUR, I, § 242, 5, 2°; cf. UNTERHOLZNER, cité, I, § 38, nos I-II, et VANGEROW, III, § 605, *Anm.* 1, n° I) pensent que, dans les contrats de droit strict, même le dol accessoire est une cause de rescision du contrat. C'est permettre à la partie trompée de demander la réparation d'un préjudice qu'elle n'a pas subi.

(35) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 27.

tenir indéfiniment en suspens le sort du contrat. Si celui-ci est rescindé, la partie trompée doit restituer ce qu'elle a reçu en exécution du contrat[36].

2° Lorsque les deux parties se sont mutuellement trompées, la convention n'est pas plus inexistante que dans le cas d'un dol unilatéral. Elle est seulement frappée d'inefficacité pour les deux contractants; chacun peut refuser de l'exécuter, en opposant l'exception de dol; si l'on accueillait l'action en exécution du contrat, on assurerait au demandeur les avantages de sa fraude, ce qui serait immoral[37]. Mais, d'autre part, aucun des contractants ne peut se prévaloir du dol dont il a été victime pour demander soit la rescision du contrat et la restitution de ce qu'il a déjà payé, soit des dommages et intérêts[38]. Il n'a pas qualité pour se plaindre du dol de la partie adverse, puisque lui-même a employé des manœuvres frauduleuses; les deux dols se compensent entre eux[39]. D'après cela, si l'une des parties remplit volontairement son obligation, elle perd sa prestation; car elle ne peut réclamer ni l'exécution de l'obligation de la partie adverse, ni la rescision du contrat et la restitution de la chose payée, ni des dommages et intérêts; le statu quo sera toujours maintenu, que le contrat n'ait encore reçu aucune exécution, ou bien qu'il ait été exécuté des deux côtés ou d'un seul[40].

III *Voies de droit résultant du dol.* Le dol donne lieu à l'action[41] et à l'exception[42] de dol, ainsi qu'à l'action naissant du contrat si celui-ci est de bonne foi[43]. Nous nous arrêtons aux deux premiers moyens.

(36) D. *eod.*, L. 11 § 5.

(37) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 13 " Marcellus ait adversus doli " exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione " est : ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio " esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod " perfide gestum est, actorem nihil consequi „. Voyez encore D. 50, 17, *de R. J.*, L. 154. C'est à cette inefficacité de la convention pour les deux parties que fait allusion le D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 34 § 3 initio, L. 57 § 3, lorsqu'il dit que, dans le cas d'un dol réciproque du vendeur et de l'acheteur : *a neutra parte obligatio contrahitur* et *nihil actum fuisse.* A proprement parler il existe des obligations pour l'un et l'autre, mais elles sont paralysées par l'exception de dol; c'est comme si elles n'existaient point; il y a lieu de dire avec Paul, D. 50, 17, *de R. J.*, L. 112 " Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per " exceptionem infirmetur „. — (38) D. *h. t.*, L. 36.

(39) D. 2, 10, *de eo per quem fact. erit*, L. 3 § 3; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 57 § 3.

(40) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 154. — (41) D. *h. t.*, L. 1 § 1.

(42) I. 4, 13, *de except.*, § 1; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 pr.

(43) I. 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 5, L. 13 § 4, L. 32. C'est à tort qu'on a voulu accorder la restitution en entier pour dol à l'occasion des contrats de bonne foi, en se fondant sur certaines constitutions

A) L'action de dol est soumise aux règles suivantes :

1° Elle est arbitraire[44]; le juge, après en avoir reconnu le fondement, rend un *arbitrium* portant qu'il y a lieu de rétablir l'état de choses antérieur; dans le cas d'un dol principal, l'*arbitrium* porte sur la restitution de la chose[45] et, dans le cas d'un dol accessoire, sur le payement des dommages et intérêts. D'abord un simple conseil, il devint plus tard d'une exécution forcée[46]. Selon que l'*arbitrium* reçoit ou non son exécution, le défendeur est absous ou condamné[47]; si l'inexécution est due au dol ou à la faute lourde du défendeur, le demandeur est admis au serment *in litem*, que le juge peut limiter à une certaine somme[48].

2° L'action de dol est infamante; le défendeur condamné encourt l'infamie[49]. C'est pourquoi l'action est vue avec défaveur, on la restreint à divers point de vue :

a) Elle ne se donne que pour autant que la fraude du cocontractant ait causé un dommage dépassant deux solides (environ 30 fr.)[50].

b) Elle est subsidiaire à toute autre voie de droit[51]. L'application la plus importante de ce principe concerne les contrats de bonne foi; la partie trompée à un pareil contrat dispose de l'action naissant du contrat; cette action exclut l'*actio doli*[52]. De même, comme nous l'avons déjà constaté[53], si l'un des contractants a été trompé par un tiers, il ne peut exercer l'action de dol contre ce dernier s'il a exceptionnellement une autre action efficace contre la partie adverse[54]. L'action de dol est même subsidiaire à la restitu-

impériales (C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 5, L. 10; C. 2, 53 (54), *quib. ex caus. maj.*, L. 3); ces lois ont en vue l'action naissant des contrats de bonne foi. Voyez en ce sens SAVIGNY, *System* VII, § 316, 4, et § 317, p. 115-116, STAEDTLER, *Restitution*, p. 16-17, et WINDSCHEID, I, § 115, note 1 i. f., et § 118, note 6 initio. Contra BURCHARDI, *Wiedereinsetzung*, § 19 et 20, III, p. 360-362, 381-382, et VANGEROW, I, § 178, *Anm.* 1, n° 4, § 185, *Anm.*, n° III, 5. Voyez encore T. I, § 104, note 39.

(44) I. 4, 6, *de action.*, § 31.

(45) § 31 cit.; D. *h. t.*, L. 18 pr. initio. — (46) Cf. T. I, § 99, 1°.

(47) GAIUS, IV, 163 initio; I. 4, 6, *de action.*, § 31 initio; D. *h. t.*, L. 17 pr. initio, L. 18 pr. initio.

(48) L. 18 pr. cit. i. f., cf. § 1. Lorsque la fraude a été commise par plusieurs, tous sont tenus solidairement en vertu de la loi; D. *h. t.*, L. 17 pr.

(49) I. 4, 16, *de poena tem. litig.*, § 2 initio; D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 1 initio, L. 4 § 5. Cf. I. 4, 16, *de poena tem. litig.*, § 2 i. f., et D. 3, 2, *de his qui not. inf.*, L. 1 initio, L. 4 § 5, v^is pactusve erit, L. 5.

(50) D. *h. t.*, L. 9 § 5, L. 10, L. 11 pr.

(51) D. *h. t.*, L. 1 § 1 et 4 initio, L. 7 pr. initio, C. *h. t.*, L. 2, fût-ce contre une autre personne; D. *h. t.*, L. 1 § 8, L. 2-6, L. 7 pr., L. 9 § 3.

(52) D. *h. t.*, L. 7 pr. et § 3, L. 9 pr. — (53) N° I, 5 i. f., du présent paragraphe.

(54) D. *h. t.*, L. 7 pr., « aut nullam esse venditionam, si in hoc ipso ut ven-« deret circumscriptus est.. », cbn. avec l'initium, L. 18 § 3.

tion en entier, bien que celle-ci soit également un moyen subsidiaire; un mineur de 25 ans, s'il a été trompé par son cocontractant, doit recourir à la restitution en entier pour cause de minorité et non à l'*actio doli*(55). Cette action est encore exclue par une simple exception(56).

c) L'action de dol ne se donne pas contre des personnes auxquelles la partie trompée doit du respect, telles que les parents et le patron(57), ni contre les héritiers de l'auteur de la fraude(58). Sous ces deux rapports, elle est remplacée par une action *in factum* en restitution du profit retiré du dol(59).

d) L'action de dol se prescrit par un court espace de temps, savoir, dans le droit classique, par une année utile(60), et, depuis Justinien, par deux années continues(61). Après l'accomplissement de cette prescription, la partie trompée dispose encore d'une action *in factum*, qui est perpétuelle, pour obtenir l'émolument que l'adversaire a retiré de la fraude(62).

B) L'exception de dol est plus étendue que l'action de dol(63). Elle se donne à tous ceux et contre tous ceux qui figurent dans le rapport obligatoire créé par la convention frauduleuse(64). Elle n'appartient pas seulement à la partie trompée et à ses héritiers, mais aussi à son codébiteur solidaire et à son fidéjusseur(65). D'autre part, elle peut être opposée au cocontractant auteur du dol et à ses successeurs universels ou particuliers; le débiteur cédé peut s'en

(55) D. *h. t.*, L. 1 § 6 initio, L. 38; D. 4, 1, *de in integr. restit.*, L 7 § 1. Voyez encore D. *h. t.*, L. 1 § 4, L. 7 § 1-2.

(56) D. *h. t.*, L. 1 § 4, v^is^ vel exceptio qua se tueri possit, cf. L. 25. L'action de dol est aussi exclue lorsque la partie trompée a perdu une autre action par sa faute, par exemple en la laissant prescrire (D. *h. t.*, L. 1 § 6 i. f.), et lorsqu'elle ne peut être poursuivie en exécution de la convention qui a été surprise par dol; D. *h. t.*, L. 1 § 5. Mais l'*actio doli* est recevable si l'existence d'une autre action est douteuse (D. *h. t.*, L. 7 § 3, v^is^ Non solum.,..... dandam actionem, cf. v^is^ et adfert.....), ou bien si l'autre action ne procure pas à la partie trompée la réparation intégrale du dommage subi, soit à cause de sa nature, soit par suite de l'insolvabilité de l'adversaire; D. *h. t.*, L. 5 i. f., L. 6, cbn. avec L. 5 initio. Cf. le n° I, 5° i. f., du présent paragraphe.

(57) D. *h. t.*, L. 11 § 1 initio, cf. L. 13 pr.

(58) Arg. D. *h. t.*, L. 29. Cf. I. 4, 12, *de perpet. et tempor. act.*, § 1 i. f.

(59) D. *h. t.*, L. 11 i. f., L. 12. — D. *h. t.*, L. 17 § 1, L. 26-28; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 127; cf. D. *h. t.*, L. 29-30. Voyez encore D. *h. t.*, L. 15 pr., § 1-2.

(60) donc elle commence seulement à courir à partir de la découverte de la fraude; C. *h. t.*, L. 8 initio.

(61) à partir du jour du contrat; L. 8 cit. Cf. C. Théod. 2, 15, *de dolo*, L. un.

(62) D. *h. t.*, L. 28 i. f., L. 29. — (63) D. 44, 4, *de doli mali except*, L. 2 pr.

(64) tandis que l'action de dol compète seulement à la partie trompée et à ses héritiers contre la partie adverse ou le tiers auteur de la fraude.

(65) Arg. D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 § 2.

prévaloir contre le cessionnaire de la créance[66]. Mais si le demandeur doit subir l'exception du chef de la fraude commise par lui-même ou par son auteur dans la créance, on ne peut lui opposer l'exception à raison de la fraude d'une autre personne. Tel est le cas où le dol a été pratiqué par un tiers. Ou bien un vendeur est trompé par l'acheteur; celui ci revend la chose et la livre à son cocontractant; après quoi, le vendeur trompé recouvre la possession de la chose et le sous-acquéreur revendique contre lui. L'exception de dol ne peut lui être opposée; car il n'agit pas comme créancier, soit originaire, soit par voie de succession, mais comme propriétaire[67]. L'exception de dol est donc réelle (*rei cohaerens*) activement du côté du défendeur, passivement du côté du demandeur[68].

Nous venons de considérer l'action et l'exception de dol comme voies de droit contre des conventions surprises par des manœuvres frauduleuses. Mais ces moyens ont une portée plus large. L'*action* de dol se donne aussi à l'occasion d'une convention extorquée par une violence morale; on fait ici rentrer la violence morale sous la notion du dol[69]. On peut opposer l'*exception* de dol à une action quelconque qui, tout en étant rigoureusement conforme au droit, est contraire à l'équité et à la bonne foi[70]. L'exception de dol se donne contre celui qui poursuit l'exécution d'un contrat extorqué par violence morale[71], contre le créancier qui, après avoir remis la dette par simple pacte, en réclame le payement au mépris du pacte (*exceptio pacti conventi*)[72], contre celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral qu'il n'a pas exécuté lui-même (*exceptio non adimpleti contractus**)[73], contre le propriétaire qui revendique la chose vendue et livrée par lui au

(66) Cf. T. III, § 351 et note 30.

(67) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 27. C'est en ce sens qu'Ulpien exige un dol *a parte actoris*; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 § 1-2; voyez surtout le § 1 « Docere igitur debet is, qui obicit exceptionem, dolo malo actoris factum, « nec sufficiet ei ostendere in re esse dolum : aut si alterius dicat dolo factum, « eorum personas specialiter debebit enumerare, dummodo hae sint, quarum « dolus noceat ».

(68) Tout en n'ayant pas de caractère infamant, l'exception de dol ne se donne pas contre des personnes auxquelles on doit du respect, parce qu'elle est de nature à nuire à leur réputation; elle est remplacée par une exception *in factum*; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 16; I. 4, 13, *de except.*, § 1.

(69) D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 14 § 13. Cf. le n° I, 2°, du présent paragraphe.

(70) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 § 5 « Et generaliter sciendum est ex « omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, « quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam et si inter « initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit « ignorantia in eo, ut dolo careat ». — (71) D. *cod.*, L. 4 § 33 initio.

(72) D. *cod.*, L. 2 § 4 et 6. — (73) C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 5.

défendeur avant qu'il en eût acquis la propriété (*exceptio rei venditae et traditae*)(74), contre le propriétaire revendiquant sa chose contre un possesseur de bonne foi qui y a fait des impenses utiles(75), etc.(76). Pour séparer cette exception de dol de l'exception de dol proprement dite, on appelle la première générale(77) et la seconde spéciale(78).

§ 377. — DE LA VIOLENCE.

D. 4, 2, *quod metus cousa gestum erit.* — C. 2, 19 (20), *de his quae vi metusve causa gesta sunt.*

SCHLIEMANN, *Die Lehre vom Zwange*, Rostock, 1861.
KRAMER, *De leer van den phychischen dwang in het burgerlijke regt; romeinsch regt*, § 1-31, La Haye, 1864, thèse.
SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwange*, Leipzig, 1874.
GRADENWITZ, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, p. 13-64, Berlin, 1887.

I. *Notions et conditions.* 1° La violence (*vis*) consiste à extorquer à quelqu'un une convention par la force matérielle ou par des menaces. L'emploi de la force matérielle constitue une violence physique et rend la convention inexistante; nous n'en parlerons pas davantage La violence morale est celle qui résulte de menaces(1). L'ancien droit romain n'en tenait aucun compte; la convention extorquée produisait tous ses effets(2), parce que la violence morale n'exclut pas le consentement 3), ni par conséquent la convention(4). A l'époque de Cicéron(5), un préteur Octavius accorda

(74) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 32.

(75) D. 11, 1, *de A. R. D.*, L. 7 § 12 i. f. cbn. avec l'initium.

(76) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 4; D. 12, 1, *de reb. cred.* L. 18 pr. i. f. cbn. avec l'initium.

(77) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33 « Metus causa exceptionem Cassius « non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis.. ».

(78) De même que le contractant trompé, s'il est défendeur, peut user de l'exception de dol, comme demandeur il dispose d'une réplique de dol, si le défendeur invoque contre lui la convention frauduleuse; C. 8, 35 (36), *de except.*, L. 3.

(1) Cf. T. I, § 76. — (2) CIC., *in Verrem* II, lib. 3, c. 65.

(3) Cf. le n° II du présent paragraphe.

(4) Mais la *clausula doli* comprenait la violence morale (arg. D. *h. t.*, L. 14 § 13, et D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33 initio) et, dès les premiers temps de la procédure formulaire, s'agissant d'un contrat de bonne foi, la violence morale devait donner lieu à l'exception de dol; arg. L. 4 § 33 initio cit. Cf. la note 12 du précédent paragraphe.

(5) La réforme est mentionnée en l'année 71 avant J. C. par Cicéron, *in Verrem* II, lib. 3, c. 65; elle est donc antérieure à celle d'Aquilius Gallus pour le dol.

une action en rescision des conventions extorquées par violence morale[6], pourvu qu'on eût été menacé d'un mal considérable, imminent et injuste; nous nous référons sous ce dernier rapport à la théorie générale des actes juridiques[7].

2° Il n'est pas nécessaire que les menaces émanent de la partie adverse; elles peuvent provenir d'un tiers, avec ou sans la complicité de la partie adverse; il suffit que la convention elle-même soit entachée de violence[8]; la partie qui se prétend violentée, doit seulement prouver qu'elle a été menacée par une personne quelconque[9]. En effet, l'auteur des menaces est généralement inconnu[10]; si la partie violentée devait établir que les menaces proviennent de la partie adverse, on lui imposerait le plus souvent une preuve impossible et la partie adverse recueillerait le bénéfice du contrat, bien qu'elle soit presque toujours l'auteur ou le complice des menaces. On suit une autre règle pour le dol, parce que l'auteur de manœuvres frauduleuses est généralement connu.

II. *Effets de la violence morale.* La violence morale ne rend pas la convention inexistante[11], car elle n'exclut pas le consentement; celui-ci, tout en ayant été extorqué par les menaces, n'en a pas moins été donné; on peut dire du contractant violenté : *coactus voluit, sed tamen voluit**[12]. Mais il a droit à la rescision

(6) Cic., *in Verrem* II, lib. 3, c. 65. Ce passage cite seulement l'action *quod metus causa*; l'exception *quod metus causa* fut sans doute créée en même temps; arg. D. *h. t.*, L. 1, L. 9 § 3; *non obstat* D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33 En ce sens Vangerow, I, § 185, *Anm.*, n° I, 2 i. f. D'après Gradenwitz, cité, p. 13-14, et Girard, p. 416, note 1, l'action précéda l'exception. La restitution en entier du chef de violence morale doit être postérieure à Octavius; Cicéron ne la mentionne pas et ailleurs (D. *h. t.*, L. 9 § 3-4; C. *h. t.*, L. 3) elle est représentée comme relativement récente. En ce sens Vangerow, I, § 185, *Anm.*, n° I i. f. Contra Savigny, *System* VII, § 317, p. 112-113, et § 330 initio. — (7) T. I, § 76, I.

(8) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33; D. *h. t.*, L. 9 § 1 initio cbn. avec L. 1. *Non obstat* C. *h. t.*, L. 5, où les mots *sciente emptore* n'ont rien d'exclusif; dans l'espèce de ce rescrit impérial, l'acheteur avait été complice du tiers auteur principal des menaces; aussi les *Basiliques* X, 2, c. 28 (Heimbach, I, p. 496) négligent-elles les mots dont il s'agit. — (9) D. *h. t.*, L. 14 § 3.

(10) L. 14 § 3 cit. « cum metus habeat in se ignorantiam ». Mais il faut que la convention elle-même soit entachée de violence, c'est-à-dire que les menaces aient eu pour but de faire conclure la convention; il ne suffit pas qu'elles aient seulement été l'occasion du contrat. Si une personne est menacée par des malfaiteurs, elle contracte valablement avec un tiers de bonne foi, pour se soustraire au danger qui la menace; D. *h. t.*, L. 9 § 1, v^is Sed licet.....; Paul, I, 7, § 5.

(11) D. *h. t.*, L. 21 § 5 « quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus « volui.. ».

(12) On peut reproduire ici les autres considérations que nous avons fait valoir quant au dol; n° II, 1° initio du précédent paragraphe. Avant la réforme d'Octavius, les conventions extorquées par des menaces valaient pleinement;

du contrat[13], indépendamment de tous autres dommages et inté-

comment admettre que le préteur ait réputé inexistant un contrat civilement valable? Et à quoi serviraient dans cette hypothèse l'action *quod metus causa*, l'action naissant du contrat de bonne foi et la restitution en entier, toutes voies de droit qui tendent à la rescision du contrat extorqué par les menaces; C. *h. t.*, L. 3, L. 4, L. 5, L. 7, L. 11, L. 12; C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 1, L. 8 initio? Elles annuleraient le néant.

Nous invoquons en outre les lois suivantes :

1° D. *h. t.*, L. 21 § 4, Paul, « Si metu coactus sim ab emptione locatione « discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc « simile sit acceptilationi, quia nulla ex bona fide obligatione possimus niti, « cum finita sit dum amittitur : et magis est ut similis species acceptilationis « sit, et ideo praetoria actio nascitur ».

« Lorsque j'ai été contraint par des menaces de renoncer à une vente ou à un « bail, voyons si cette renonciation est inexistante, de telle sorte que l'ancienne « obligation subsiste, ou bien si elle équivaut à une acceptilation obtenue par « des menaces, parce que dans l'espèce on ne peut s'appuyer sur une obliga- « tion de bonne foi, celle-ci étant éteinte par la renonciation. Il vaut mieux « admettre que le cas est analogue à celui de l'acceptilation, et c'est pourquoi « il y a lieu à l'action prétorienne (*quod metus causa*) ».

Paul part du principe que l'acceptilation extorquée par des menaces est simplement rescindable; il se demande s'il faut en dire autant de la renonciation à une vente ou à un bail, ou bien si cette renonciation doit être considérée comme non avenue, de telle façon que le contrat de vente ou de bail subsisterait. Le jurisconsulte se prononce dans le premier sens; les obligations naissant de la vente ou du bail sont éteintes par la renonciation; mais elles peuvent être rétablies par l'action *quod metus causa*, qui rescindera la renonciation. Il est impossible, dit-il, que ces obligations persistent de plein droit, alors que les parties sont convenues qu'elles seraient éteintes (*quia nulla ex bona fide obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur*). Ce passage contient la consécration explicite de notre opinion.

2° L. 21 cit. § 5 " Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, " quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui : sed per praeto- " rem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur „. Cf. D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 85.

Ici l'acte extorqué était une adition d'hérédité. Celle-ci est déclarée valable, sauf son annulation en justice; car, dit Paul, on a voulu accepter l'hérédité, quoique cette volonté ait été déterminée par des menaces.

3° D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 22 " Si patre cogente ducit uxorem, quam non " duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos " non contrahitur : maluisse hoc videtur „.

D'après cette loi, la contrainte exercée par le père sur son fils, pour le déterminer à épouser une certaine personne, n'entraîne pas la nullité du mariage; car il y a eu consentement à l'union conjugale. Mais quelle est la contrainte que vise la loi? C'est tout au moins la crainte révérencielle; nous pensons que c'est aussi la violence morale; celle-ci est comprise dans le mot *cogente*.

Non obstant : 1° D. 50, 17, *de R. J.*, L. 116 pr. " Nihil consensui tam contra- " rium est, qui bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus : quem com- " probare contra bonos mores est „.

Les mots *consensui... contrarium* ne supposent pas nécessairement l'exclusion

rêts[14], sans distinguer entre une violence principale et une violence

du consentement; ils conviennent aussi à un consentement qui n'est que vicié, et le mot *comprobare* est favorable à ce dernier sens. Au surplus on ne peut asseoir une théorie sur des expressions aussi vagues.

2° D. *h. t.*, L. 21 § 3 " Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse ".

Les termes de ce passage plaident en faveur de la nullité d'une promesse de dot obtenue par des menaces. Toutefois, Paul a pu avoir seulement en vue une inefficacité de la convention. Telle est la solution à laquelle il s'arrête dans les deux paragraphes suivants de notre loi 21 (cf. la page précédente) et il ne représente nullement sa décision relative à la dot comme ayant un caractère exceptionnel; au reste rien ne justifierait cette exception. La terminologie de Paul s'explique par la considération que pratiquement il importe peu qu'une promesse n'engendre aucune obligation ou bien qu'il en résulte une obligation complètement paralysée par une exception : *nihil interest*, dit Paul lui-même au D. 50, 17, *de R. J.*, L. 112, *ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*. Nous avons interprété dans le même sens des expressions analogues de Paul relatives au dol réciproque des contractants; voyez le paragraphe précédent note 37.

3° D. 29, 2, *de A. v. O. H.*, L. 6 § 7 « Celsus libro quinto decimo digestorum « scripsit eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit « hereditatem sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum « heredem non facere ».

Ce texte est étranger à notre question. Il y s'agit d'une adition *simulée* de l'hérédité; l'appelé avait feint d'accepter la succession par des actes d'héritier; en réalité il ne l'avait pas acceptée. Cela résulte du mot *fallens* et de la circonstance que l'adition d'hérédité est supposée avoir eu lieu à la suite d'une crainte quelconque (*aliquo timore*); une crainte quelconque ne constitue pas une violence morale. La leçon commune *metu verborum* (et non *metu verberum*) corrobore cet argument. De plus, si la décision de notre passage s'appliquait à la violence morale, elle serait en contradiction avec le D. *h. t.*, L. 21 § 5, et avec le D. 29, 2, *de A. v, O. H.*, L. 85; cf. la page précédente.

4° D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 1 § 1 « Tutor si invitus retentus « sit per vim, non valet quod agitur : neque enim praesentia corporis sufficit ad « auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset ».

Ce passage ne concerne pas non plus la violence morale. Il s'occupe d'un tuteur qui, retenu de vive force, s'était borné à être corporellement présent à un acte juridique de son pupille; il le compare à un tuteur qui aurait gardé le silence parce qu'il était endormi ou frappé d'épilepsie. Le tuteur, bien que présent, n'avait donc pas autorisé; le jurisconsulte constate le défaut d'autorisation.

5° Paul, I, 7, § 10; D. *h. t.*, L. 22. — C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 1; *Consultatio vet. jurisc.* I, 6. — *Consultatio* cit. I, 7. — *Consultatio* cit. IX, 3.

Dans les deux premiers passages, l'expression *nullius momenti* peut désigner une convention simplement inefficace; cf. D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 5 § 2.

Dans les deux suivants, le mot *irrita* convient très bien à une semblable convention; cf. C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 9, L. 14.

Dans le cinquième, ce sont des conventions illicites qui sont déclarés inexistantes; cf. C. 2, 3, *de pact.*, L. 6.

Dans le sixième, les termes *cassata viribus esse respuenda* ont en vue une simple inefficacité de la convention.

6° *Fragmentum Dositheanum* 7; D. 40, 9, *qui et a quib. manum. liberi non fiunt*,

accessoire, car les menaces déterminent d'une manière générale à conclure un contrat que sans la violence on n'eût pas conclu du tout[15]. La partie violentée peut être forcée par son cocontractant

L. 9 pr., L. 17 pr. D'après ces passages, la manumission d'un esclave est considérée comme non avenue, si elle a été arrachée par des menaces. Mais l'affranchissement est un acte unilatéral, reposant sur la seule volonté du maître, et non une convention. La nullité de l'affranchissement s'explique de la manière suivante. On avait d'abord admis par simple tolérance que l'affranchissement non solennel de l'esclave lui procurerait une liberté de fait; Fragment cité 5. On comprend qu'on n'ait pas étendu cette tolérance à une manumission extorquée par des menaces. Plus tard la loi *Junia Norbana* accorda la Latinité à ces esclaves affranchis par la seule volonté du maître; mais elle fut naturellement amenée à maintenir l'exception relative au cas de violence morale; Fragment cité 7. D'ailleurs on ne rescindait guère une manumission; D. 4, 4, *de minor.*, L. 9 § 6, L. 10, L. 48; D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 24; cf. D. *h. t.*, L. 9 § 2, qui a seulement en vue les dommages et intérêts; voyez sur ce dernier texte POTHIER, *Pand. Justin.* 4, 2, n° 2, note *d.*

(13) D. *h. t.*, L. 1 initio, L. 21 § 1; C. *h. t.*, L. 7, L. 12. — D. *h. t.*, L. 9 § 5 et 7, L. 12 pr., L. 14, § 6; C. *h. t.*, L. 3, L. 4, L. 11.

(14) La partie violentée peut avoir été empêchée de conclure un autre contrat avantageux; cf. I, 3, 23, *de empt. et vend.*, § 5, et D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 62 § 1.

(15) Sans être impossible, la violence accessoire est bien rare; c'est pourquoi la loi en fait abstraction, elle s'en tient à ce qui arrive presque toujours; cf. SCHLIEMANN, cité, § 15, I. Aucun texte ne contient une allusion à une violence accessoire et l'action *quod metus causa* est essentiellement une voie de droit restitutoire. Mais il est loisible à la partie violentée de se contenter de dommages et intérêts en exerçant l'action naissant du contrat de bonne foi ou l'action de dol; D. *h. t.*, L. 14 § 13.

Voyez en ce sens SAVIGNY, *System* III, § 114, p. 101-104, BURCHARDI, *Wiedereinsetzung*, § 18, p. 351-358, PUCHTA, *Pand.*, § 56 et note d, *Vorles.* I, § 56, MOLITOR, cité, I, n°s 118 et 121, KOCH, cité, II, § 75, n° I initio, VANGEROW, III, § 605, *Anm.* 2, ARNDTS, § 237, MAYNZ, II, § 203 initio et Observ., WINDSCHEID, I, § 80 et note 2, et DERNBURG, I, § 103.

Opinions divergentes : 1° Des interprètes (GLÜCK, IV, § 300-301, p. 175-178. — UNTERHOLZNER, cité, I, § 38, n° I. — THIBAUT, I, § 379, n° I) soutiennent que dans les contrats de bonne foi, la violence morale est une cause d'inexistence du contrat ou bien donne lieu à de simples dommages et intérêts, selon qu'elle est principale ou accessoire : les contrats de droit strict seraient seuls rescindables pour violence morale. Mais on ne comprend guère que celle-ci exclue le consentement dans les contrats de bonne foi, sans avoir cet effet dans les contrats de droit strict. D'autre part, le texte le plus favorable à la doctrine de l'inexistence des conventions extorquées par des menaces (D, *h. t.*, L. 21 § 3; note 12 du présent paragraphe) concerne une stipulation de dot, c'est-à-dire un contrat de droit strict.

2° D'après SCHLIEMANN, cité, § 8, 9 et 15, I, la convention extorquée est toujours inexistante, du moins si elle a été extorquée pour le tout; extorquée pour partie, elle serait seulement inexistante pour cette partie. L'auteur suppose que la victime de la violence a pu simuler un consentement (§ 10-14); c'est une pure hypothèse.

3° Quelques auteurs admettent au moins l'inexistence de certaines conven-

d'opter pour le maintien ou pour la résolution du contrat[16] et, si celui-ci est rescindé, elle est tenue de restituer ce qu'elle a reçu en vertu du contrat[17].

III. *Voies de droit résultant de la violence morale.* La violence morale produit des moyens de droit très variés, à savoir l'action[18] et l'exception[19] de violence (*actio* et *exceptio quod metus causa*), l'action naissant du contrat si celui-ci est de bonne foi[20], la restitution en entier[21] ainsi que l'action[22] et l'exception[23] de dol, car le dol entendu dans le sens large comprend la violence morale[24]. Nous nous arrêtons à l'action et à l'exception de violence.

A) L'action de violence est soumise aux règles suivantes :

1° Elle est arbitraire[25], comme l'action de dol[26]. L'*arbitrium* a pour objet le rétablissement de l'état de choses antérieur, donc la restitution de la chose extorquée avec ses accessoires, éventuellement des dommages et intérêts[27]. Si l'*arbitrium* n'est pas exécuté, il y a lieu à condamnation et celle-ci a un caractère pénal ; elle consiste dans le quadruple des dommages et intérêts ; le simple constitue la réparation pécuniaire, le triple supplémentaire la peine[28]. Dans le cas où l'inexécution de l'*arbitrium* est causée par le dol ou la faute lourde du défendeur, le demandeur est

tions du chef de violence morale, savoir d'une promesse de dot (arg. D. *h. t.*, L. 21 § 3), d'une société (arg. D. 4, 4, *de minor.*, L. 16 § 1, et D. 17, 2, *pro socio*, L. 3 § 3) et des conventions extorquées à un prisonnier; Paul, I, 7, § 10; D. *h. t.*, L. 22. En ce sens Mühlenbruch, II, § 336 et notes 2-3, et Goeschen, I, § 84 (pour les deux premiers cas), Schilling, III, § 253, note a (pour le premier et le troisième cas) et Kramer, cité, § 1-6 (pour le premier). Voyez le présent paragraphe note 12 et le précédent paragraphe note 30 i. f.

Voyez encore Brinz, IV, § 530-534, et Sintenis, T. I, § 22 et notes 3 et 13, 2 i. f., T II, § 98, II, a. — (16) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 27.

(17) C. *h. t.*, L. 3, L. 4. Cf. le paragraphe précédent n° II, 1° i. f.

(18) D. *h. t.*, L. 1 initio, L. 9 § 3 ; C. *h. t.*, L. 4, L. 7.

(19) I. 4, 13, *de except.*, § 1; D. *h. t.*, L. 9 § 3; D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33 initio. — (20) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 32.

(21) Paul, I, 7, § 2 initio; D. 4, 1, *de in integr. restitut.*, L. 1; D. *h. t.*, L. 9 § 4 " (Volenti autem datur et *in rem actio* et in personam rescissa acceptilatione vel " alia liberatione) et 6; C. *h. t.*, L. 3 (postquam placuit in rem quoque dari " actionem). Cf. D. *h. t.*, L. 21 § 5 et 6 (Si coactus hereditatem repudiem, duplici " via praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem " metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat).

(22) D. *h. t.*, L. 14 § 13. — (23) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33 initio.

(24) Cf. T. I, § 75, 1° i. f. — (25) I. 4, 6, *de action.*, § 31; D. *h. t.*, L. 14 § 4.

(26) Cf. le paragraphe précédent n° III, A.

(27) D. *h. t.*, L. 9 § 5 et 7, L. 12 pr., L. 14 § 6; C. *h. t.*, L. 4 initio.

(28) I. 4, 6, *de action.*, § 25 initio; D. *h. t.*, L. 14 § 1 initio, 3 i. f., 4 i. f., 7, 10 et 14, L. 21 § 2; C. *h. t.*, L. 4 initio. Cf. D. *h. t.*, L. 14 § 11.

autorisé à fixer lui-même, sous la foi du serment, le montant des dommages et intérêts; mais le juge peut lui imposer un maximum[29]. L'action *quod metus causa* ne dure avec cette portée pénale que pendant une année utile[30]; ce délai expiré, elle ne se donne plus que pour les simples dommages et intérêts[31] et, devenant en même temps subsidiaire, elle ne se donne plus qu'à défaut d'une autre action[32].

2° L'action de violence est *in rem scripta*[33]. Elle ne se donne pas seulement contre la partie adverse ou le tiers qui a été l'auteur des menaces et contre leurs héritiers, mais contre un tiers quelconque qui a profité de la violence; le tiers ne doit pas s'enrichir au détriment de la partie violentée[34]. Ainsi est d'abord soumis à l'action le cocontractant lui-même, fût-il demeuré étranger aux menaces[35] ou n'eût-il plus la possession de la chose extorquée par sa propre violence[36]. Y est pareillement soumis le tiers coupable de la violence, peu importe qu'il ait conservé ou non la possession de la chose extorquée[37]. Si la violence a été commise par plusieurs, il existe entre eux une solidarité légale[37]. L'action passe aux héritiers de la partie adverse ou du tiers auteur des menaces[38]; mais, comme elle a une tendance pénale, l'héritier est seulement tenu jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré des menaces[39]. Enfin l'action *quod metus causa* se donne contre un tiers quelconque qui a profité de la violence, en restitution de ce profit[40], notamment contre tout tiers détenteur de la chose extorquée, dans les limites de son enrichissement[41]; elle suit la chose extorquée en quelques mains qu'elle passe. Malgré cette circonstance, l'action *quod metus causa* est une action personnelle et non réelle; elle ne se fonde sur aucun droit réel, le demandeur ne doit pas prouver qu'un pareil droit lui appartient. L'action se base sur l'obligation de restituer la chose extorquée par les menaces; le demandeur peut se borner à établir les menaces employées à l'occasion du contrat; ces menaces justifient son droit de créance. Si dans l'espèce une action personnelle est

(29) D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 18 pr. i. f. — (30) C. *h. t.*, L. 4 initio.
(31) L. 4 cit. i. f.; D. *h. t.*, L. 14 § 1 i. f., cf. L. 21 § 1.
(32) C. *h. t.*, L. 4 i. f.; D. *h. t.*, L. 14 § 1 i. f. et 2.
(33) D. *h. t.*, L. 9 § 8 initio. — (34) D. *h. t.*, L. 9 § 8 initio, L. 14 § 5 i. f., cf. § 3.
(35) D. *h. t.*, L. 14 § 3. — (36) D. *h. t.*, L. 14 § 5 i. f.
(37) D. *h. t.*, L. 14 § 15, L. 15. — (38) D. *h. t.*, L. 16 § 2.
(39) D. *h. t.*, L. 16 § 2, L. 17, L. 20; D. 50,17, *de R. J.*, L. 127. Cf. D. *h. t.*, L. 18.
(40) D. *h. t.*, L. 9 § 8 initio, L. 14 § 5 i. f., cf. § 3.
(41) D. *h. t.*, L. 14 § 5, vis Unde quidam putant..... captiosus sit. Cf. D. *h. t.*, L. 14 § 5 initio. Voyez encore D. *h. t.*, L. 9 § 8, vis non immerito Julianus....., L. 10 pr.

donnée contre tout détenteur, c'est que l'obligation de restituer la chose extorquée est attachée par la loi à la simple détention de cette chose et partant se transmet à chaque nouveau détenteur; l'action personnelle offre ainsi l'apparence d'une action réelle. Nous avons dit que les héritiers de la partie adverse ou du tiers auteur de la violence, comme les tiers demeurés étrangers à celle-ci, doivent seulement restituer le profit qu'ils en ont retiré. Mais, à défaut par eux de faire cette restitution à la suite de l'*arbitrium* du juge, ils sont condamnés au quadruple[42], du moins si l'action est intentée dans l'année utile; après cette année, elle ne se donne plus que pour le profit[43].

B) L'exception de violence appartient à tous ceux qui se trouvent obligés par la convention extorquée, donc à la partie violentée, à ses héritiers, à son codébiteur solidaire et à son fidéjusseur[44]. Elle est encore plus étendue du côté du demandeur; à ce point de vue elle est *in rem scripta* comme l'action de violence[45]; elle peut être opposée à quiconque se prévaut de la convention extorquée[46], donc au cocontractant[46], peu importe qu'il n'ait pris aucune part à la violence [47], à ses héritiers, au cessionnaire de la créance extorquée[48], voire même à un tiers complètement étranger au rapport obligatoire créé par la convention[49]. Supposons une violence morale commise contre un vendeur; l'acheteur revend la chose et la livre au sous-acquéreur; plus tard le vendeur violenté ayant recouvré la possession de la chose, le sous-acquéreur revendique contre lui. Il peut être repoussé par l'*exceptio quod metus causa*[50].

Quatre actions naissent de la violence morale : l'*actio quod metus causa*, l'action du contrat de bonne foi, la restitution en entier et l'*actio doli*. La partie violentée a le choix entre elles[51],

(42) Arg. D. *h. t.*, L. 14 § 5.

(43) Arg. C. *h. t.*, L 4 i. f., et D. *h. t.*, L. 14 § 1 i. f., L. 21 § 1, cbn. avec L. 17 i. f. Voyez encore D. *h. t.*, L. 16 pr. et § 1, cbn. avec L. 14 § 15, L. 15.

(44) Arg. D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 2 § 2.

(45) D. *eod.*, L. 4 § 33 initio. — (46) L. 4 § 33 cit.

(47) L'exception de dol n'a pas cette portée; voyez le paragraphe précédent n° III, B.

(48) Il en est déjà ainsi de l'exception de dol; cf. T. III, § 351 et note 30.

(49) D. 44, 4, *de doli mali except.*, L. 4 § 33. Ici encore elle se sépare de l'exception de dol; voyez le paragraphe précédent n° III, B.

(50) Arg. L 4 § 33 cit.

(51) L'action *quod metus causa* concourt à la fois avec l'action du contrat de bonne foi, puisque aucun texte ne la déclare subsidiaire à celle-ci, avec la restitution en entier (D. *h. t.*, L. 21 § 6) et avec l'*actio doli*; D. *h. t.*, L. 14 § 13. De plus, la restitution en entier concourt avec l'*actio doli*. En effet, si celle-ci était subsidiaire, elle serait inapplicable; la restitution en entier résulte d'une manière

sauf que la restitution en entier est subsidiaire à l'action du contrat de bonne foi[52] et que l'*actio doli* se restreint aux contrats de droit strict[53]. S'il s'agit d'un contrat de bonne foi, la partie violentée peut intenter, à son choix, l'action *quod metus causa* ou l'action du contrat et, subsidiairement à cette dernière, demander la restitution en entier[54]. Dans le cas d'un contrat de droit strict, elle dispose à son choix de l'action *quod metus causa,* de la restitution en entier et de l'*actio doli*. L'exercice de l'une de ces actions éteint les autres[55].

§ 378. DE LA SIMULATION.

C. 4, 22, *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.*

WINDMÜLLER, *Die Anfechtung simulirter und sonstiger Veräusserungen zahlungsunfähiger Schuldner*, Berlin, 1854, SONNTAG, *Das simulierte Rechtsgeschäft*, Erlangen, 1899, dissertation.

1° La simulation (*simulatio*) consiste à paraître vouloir conclure une convention qu'en réalité on ne veut pas conclure. Elle est une cause d'inexistence de la convention simulée, puisqu'il n'y a pas de consentement véritable. Par exemple, en guise de plaisanterie, je déclare vous promettre 1000 sesterces ; vous acceptez[1]. Ou bien, à titre d'exercice, je rédige un billet en votre faveur[2]. Dans les deux cas rien n'a été fait[3]; donc, si une chose a été livrée dans l'intention simulée[4] d'en transférer la propriété, l'aliénation est nulle et le *tradens* peut revendiquer même contre les tiers[5]. Mais la simulation ne se présume point; c'est à la

générale de la violence morale et dure au moins aussi longtemps que l'*actio doli*; une fois qu'elle serait éteinte, l'*actio doli* le serait pareillement.

(52) Il n'y a pas de motif de déroger à ce caractère général de la restitution en entier. *Non obstat* C. *h. t.*, L. 3; cf. note 54 du présent paragraphe.

(53) Cela résulte du caractère subsidiaire de cette action; elle ne pourrait se donner qu'à défaut de l'action du contrat de bonne foi; or, si celle-ci est éteinte, l'*actio doli* l'est aussi.

(54) Si l'action est inefficace par suite de l'insolvabilité de la partie adverse, la restitution en entier se donne contre les tiers détenteurs de la chose extorquée; C. *h. t.*, L. 3. — (55) D. *h. t.*, L. 14 § 13.

(1) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 3 § 2 " Verborum quoque obligatio constat, si " inter contrahentes id agatur : nec enim si per jocum puta vel demonstrandi " intellectus causa ego tibi dixero 'spondes'? et tu responderis 'spondeo', " nascetur obligatio ". — (2) Cf. L. 3 § 2 cit.

(3) L. 3 § 2 cit. Voyez encore D. *eod.*, L. 54, D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 55, et D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 § 5 initio. Cf. D. 23, 2, *de ritu nupt.*, L. 30.

(4) Si la tradition est faite dans l'intention sérieuse de transférer la propriété, elle constitue elle-même une donation. — (5) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 55.

partie qui l'allègue d'en fournir la preuve; le consentement exprimé est réputé réel et sérieux tant que le contraire n'est pas établi.

2° Souvent, tout en simulant une certaine convention, on veut en conclure une autre, qu'on déguise sous la première. Dans ce cas la convention déguisée est valable, pourvu qu'elle réunisse les conditions qui lui sont propres; car à son égard existe un véritable consentement. De là l'adage : *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*(6) Je déclare vous vendre un fonds de terre pour 5000 fr., en stipulant le prix pour la forme; il n'y a pas vente; les parties n'ont pas voulu vendre et acheter, puisqu'elles n'ont pas voulu un prix de vente(7). Mais il y a donation, si les conditions de celle-ci sont réunies; telle est la volonté des parties(8). Si la donation étant supérieure à 500 solides (environ 7500 fr.) n'a pas été insinuée ou si le donataire est incapable de la recevoir, la donation est également nulle, dans le premier cas pour l'excédent, dans le second pour le tout(9).

§ 379. DE LA CONDITION.

D. 35, 1, *de condicionibus et demonstrationibus...*

Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain*, Paris, 1866.

Scheurl, *Beiträge*, T. II, 2e partie, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, § 1-5, 19-70 et 75-90, Erlangen, 1871.

Wendt, *Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft nach römischem und heutigem Recht*, Erlangen, 1872, et *Das bedingte Forderungsrecht*, Rostock, 1873.

Adickes, *Zur Lehre von den Bedingungen*, Berlin, 1876.

Karlowa, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen*, § 13-17, Berlin, 1877.

Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, § 18-25 et 38-48, Marbourg, 1888-1889.

La théorie générale des conditions(1) s'applique aux conditions qui accompagnent la conclusion d'une convention; il suffira de citer ici les règles et les applications spéciales.

I. *Notions*. 1° La condition suppose un événement futur et incertain; un événement passé ou présent ne constitue pas une

(6) C. *h. t.*, rubrique, cf. L. 1. — (7) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 36.

(8) C. 4, 38, *eod.*, L. 3, L. 9 i. f.

(9) D. 24, 1, *de donat. inter V. et U.*, L. 32 § 25 cbn. avec § 24. Voyez encore L. 32 § 24 cit. et C. *h. t.*, L. 2-4, cf. L. 5.

(1) T. I, § 78.

condition. Si cet événement est arrivé le jour de la convention, celle-ci est pure et simple ou à terme; si l'événement n'est pas arrivé, la convention est inexistante. J'achète votre cheval ' si le mien est mort '. Il est effectivement mort et le cheval vendu périt accidentellement après la vente. Il a péri pour moi et je dois le prix de vente, car il y a vente pure et simple. Si la vente était conditionnelle, c'est le vendeur qui perdrait à la fois la chose et le prix de vente(2).

2° D'après le droit civil, le contrat verbal de stipulation n'admet pas de condition résolutoire; si une condition de cette espèce a été ajoutée à la stipulation, celle-ci est réputée pure et simple. Le motif était peut-être que la stipulation avec condition résolutoire contenait une stipulation principale et une convention résolutoire tendant à la résolution du contrat principal; comme la convention résolutoire n'était pas faite par question et réponse, elle ne pouvait valoir comme stipulation. Mais le préteur rendit valable la stipulation avec condition résolutoire, en accordant une exception de dol au promettant qui était poursuivi après l'accomplissement de la condition(3).

II. *Des conditions potestatives et des conditions impossibles.*

(2) Si mon cheval n'est pas mort, la perte subséquente du cheval vendu est pour vous, faute de vente. Dans l'hypothèse d'une vente conditionnelle, il en serait de même *deficiente condicione.*

(3) D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 2. L'acceptilation faite sous condition est nulle (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 77 initio); mais elle n'est pas une source d'obligations et partant il n'y a pas lieu de s'y arrêter ici. Le mariage, l'adoption (arg. D. 1, 7, *de adopt.*, L. 34), la légitimation et l'émancipation (D. 50, 17, *de R. J.*, L. 77 initio) n'admettent pas non plus une condition; ces conventions sont relatives à des droits de famille.

Au point de vue de l'ancien droit romain, devaient encore être faits sans condition :

1° le contrat littéral des *nomina transscripticia*, parce qu'il reposait sur l'idée d'un payement; *Vatic. fragm.* 329. Cf. T. III, § 360, I, B, 1°.

2° le mandat *ad litem* lorsqu'il s'agissait de constituer un *cognitor* (*Vatic. fragm.* 329), par la raison que celui-ci devait être désigné devant le magistrat et l'adversaire; Gaius, IV, 83. Cf. T. I, § 125 et note 4, et Bufnoir, cité, p. 117-118.

On avait aussi hésité à reconnaître la condition suspensive dans les contrats de vente (Gaius, III, 146 i. f.), de louage (même texte), de société (C. 4, 37, *pro socio*, L. 6), et ce doute a dû s'étendre au quatrième contrat consensuel, au mandat. Mais déjà à l'époque classique on avait admis la condition suspensive ajoutée à ces contrats (Gaius, III, 146), bien que Justinien ait encore cru devoir consacrer cette règle pour la société; C. 4, 37, *pro socio*, L. 6. Comment quelques jurisconsultes romains ont-ils pu se montrer plus sévères pour les contrats consensuels que pour la stipulation, qui, de l'aveu de tous, admettait une condition suspensive? Peut-être la dernière règle avait-elle aussi commencé par être contestée, malgré le silence de nos sources à cet égard. D'autre part la stipulation ne comportait pas de condition résolutoire.

1° Les conditions potestatives pures du côté du *promettant*, c'est-à-dire celles qui dépendent de sa volonté pure et simple (' si je veux '), annulent la convention, parce qu'elles détruisent le lien obligatoire ; une obligation qui dépend de la pure volonté du débiteur, n'a aucun caractère juridique et partant il doit en être de même de la convention(4). La règle s'applique même aux conventions bilatérales, en ce sens que si l'obligation d'une partie dépend de sa seule volonté, cette partie n'est pas obligée(5). Mais, pour le surplus, la convention est valable; elle oblige la partie adverse qui s'est engagée d'une manière pure et simple. Si la partie dont dépend le contrat bilatéral manifeste la volonté de le conclure, les deux parties sont pleinement obligées; l'une des parties avait déjà consenti au contrat synallagmatique; l'autre, à la volonté de laquelle ce contrat était subordonné, y consent maintenant de son côté(6). Une chose est vendue sous condition de dégustation ou à l'essai; l'acheteur n'est pas obligé pour le moment, le vendeur est seul tenu envers lui; mais si l'acheteur agrée la chose, les deux parties sont obligées sur le fondement d'une vente ordinaire, à laquelle toutes les deux ont maintenant consenti(7). Il en est de même de toute autre promesse unilatérale de vendre(8); le pacte de rachat constitue une promesse de ce genre(9). Il faut en dire autant d'une promesse

(4) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 46 § 3 " Illam autem stipulationem ' si volueris, dari ? ' " inutilem esse constat „. Voyez encore D. *eod.*, L. 17, L. 108 § 1, D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 7 pr., v^is^ nam si arbitrium..... obstrictus, et D. 44, 7, *de O et A.*, L. 8, Pomponius, " Sub hac conditione ' si volam ' nulla fit obligatio : pro non " dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis : nam nec heres promissoris " ejus, qui numquam dare voluerit, tenetur, quia haec condicio in ipsum pro- " missorem numquam exstitit „. La fin de la dernière loi ne se prononce pas en faveur d'une convention conditionnelle, sinon elle contredirait le commencement de la loi ainsi que le D. 45, 1, *de V. O.*, L. 46 § 3. Pomponius veut dire que si le promettant déclare vouloir payer, une nouvelle convention se forme par un nouveau consentement.

C'est dans le même sens qu'au D. 45, 1, *de V. O.*, L. 46 § 2, Paul répute conditionnelle la promesse ' cum voluero ' " Si ita stipulatus fuero ' cum " volueris ', quidam inutilem esse stipulationem aiunt, alii ita inutilem, si " antequam constituas, morieris, quod verum est „. Mais, au § 3 de la loi 46, Paul semble admettre que, dans le cas où la stipulation porte ' si volueris ' au lieu de ' cum volueris ', elle ne devient pas valable si le promettant déclare vouloir payer. Ainsi entendue la loi 46 § 3 cit. se concilierait difficilement avec le D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 8 (passage transcrit ci-dessus), où Pomponius admet le contraire pour la stipulation ' si volam '. L'opinion de Pomponius mérite la préférence. Cf. Windscheid, I, § 93, note 4. Voyez encore Mühlenbruch, II, § 339, n° II i. f., Molitor, cité, I, n°s 143-145, Bufnoir, cité, p. 120-121, et Maynz, II, § 205, note 45.

(5) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 13; D. 18, 1, *eod.*, L. 7 pr. initio, L. 34 § 6 i. f.

(6) Cf. T. III, § 374, II, 3° i. f. — (7) Cf. T. IV, § 398*b*, I, C.

(8) Cf. T. III, § 374, II, 3° i. f. — (9) Cf. T. IV, § 470.

unilatérale d'acheter[10] et par conséquent aussi de celle qui se fait à l'occasion d'une vente aux enchères[11]. — La condition peut être potestative mixte du côté du promettant (' si je vais ou si je ne vais pas à Capoue '); si une pareille condition affaiblit le lien obligatoire, elle ne le détruit point[12]. Lorsque quelqu'un a fait une promesse pour le cas où il se rendrait à Capoue, il est lié dès qu'il s'est rendu dans cette ville; pour ne pas l'être, il doit s'abstenir du voyage. De même, lorsque quelqu'un s'est engagé pour le cas où il n'irait pas à Capoue dans l'année, il est absolument tenu si, à l'expiration de l'année, il ne s'est pas rendu à Capoue; s'il veut ne pas être obligé, il doit aller à Capoue dans l'année. — Évidemment il est permis d'ajouter à un contrat une condition potestative, mixte ou pure, du côté du *stipulant*; alors même qu'on a stipulé purement et simplement, sans la clause ' si je veux ', on est libre de ne pas réclamer le payement; la clause ' si je veux ' est une superfétation et non une condition véritable[13].

2° Toutes les conditions impossibles, soit physiquement, soit juridiquement, y compris les conditions illicites ou immorales[14], annulent indistinctement toutes les conventions à titre onéreux ou à titre gratuit (donations), auxquelles elles sont ajoutées; car elles rendent la convention elle-même impossible, physiquement ou juridiquement, illicite ou immorale; la convention n'a pas d'objet dans le sens matériel ou légal ou bien elle a un but illicite ou immoral, à raison duquel la loi ne peut la reconnaître[15].

III. *Accomplissement de la condition.* Il suffit de rappeler ici qu'une condition n'est pas réalisée si elle s'accomplit seulement pour

(10) Cf. T. III, § 374, II, 3° i. f. — (11) Cf. T. III, § 374, II, 5°.

(12) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 10, L. 27 § 1, L. 99 § 1, L. 115 § 1; I. 3, 15, *eod.*, § 4 i. f.

(13) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 48 " Si decem ' cum petiero ' dari fuero stipu- " latus, ad monitionem magis quandam, quo celerius reddantur et quasi sine " mora, quam condicionem habet stipulatio : et ideo licet decessero priusquam " petiero, non videtur defecisse condicio „.

La stipulation ' cum petiero ', dont s'occupe cette loi, équivaut à une stipulation ' à la première demande ' ' cum primum petiero ' (D. *eod.*, L. 135 § 1) ou ' qua die petiero '; L. 135 cit. pr. Elle renforce le lien obligatoire, si la chose est possible. Les clauses ' si voluero ', ' cum voluero ' ou ' si petiero ' ne lui enlèvent du moins rien de sa force.

(14) Les autres conditions juridiquement impossibles et les conditions physiquement impossibles ne sont pas de vraies conditions; T. I, § 78, II, 3°.

(15) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 6 " Cum quis sub hac condicione stipulatus " sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam " et hujusmodi res, quae publicis usjbus in perpetuum relictae sint : *ubi omnino* " *condicio jure impleri non potest* vel id facere ei non liceat, nullius momenti " fore stipulationem, proinde ac si *ea condicio, quae natura impossibilis* est, " inserta esset.. „. Cf. T. III, § 373, II, 5°.

partie[16]. Primus stipule quelque chose ' s'il donne 100 à Secundus et à Tertius '; la condition n'est pas accomplie par le payement de 50 à Secundus[17]. La règle est vraie même si Tertius est venu à décéder avant que Primus ait pu lui payer les 50 qu'il devait lui payer pour l'accomplissement de la condition[18].

IV. *Effets*. A) *Condition suspensive*. 1° Pendant que cette condition est en suspens, le contrat est régi par un double principe : la condition suspend l'existence des obligations que le contrat a pour but de créer et le stipulant a un droit conditionnel aux effets du contrat.

a) La condition suspend l'existence des obligations que le contrat est destiné à produire ; provisoirement il n'y a pas d'obligation; rien n'est dû en vertu du contrat, *nihil interim debetur*[19], car le sort du contrat reste douteux. C'est pourquoi, non seulement le stipulant ne peut pas exiger le payement[20], mais le promettant qui paye *pendente condicione*, peut répéter par la *condictio indebiti*; il a payé un indu[21]. Toutefois ce droit de répétition suppose qu'il a fait le payement par erreur, dans la conviction qu'il était débiteur pur et simple, soit dès le principe, soit par suite de l'accomplissement de la condition[22]; s'il savait être débiteur conditionnel et que, malgré cette connaissance, il ait payé, il a voulu renoncer au bénéfice de la condition et faire une libéralité au stipulant[23]. *Quid* du transfert de la propriété? Le payement, fait par erreur ou en connaissance de cause, est en principe translatif de propriété; les parties sont d'accord sur ce transfert, il existe une juste cause de tradition[24]. La règle souffre exception si le débiteur conditionnel a voulu transférer seulement la propriété *impleta condicione*[25]. Dans ce cas, le *tradens* reste propriétaire[26]; l'*accipiens* n'acquiert pas même la possession, car le *tradens* n'a voulu non plus la lui transférer qu'*impleta con-*

(16) T. I, § 78, III. — (17) Arg. D. *h. t.*, L. 23.

(18) Le D. *h. t.*, L. 112 § 1, et le D. 33, 1, *de ann. leg.*, L. 10 pr., statuent le contraire au point de vue des legs *benigna interpretatione*; mais, tandis que les legs s'interprètent largement, on se prononce dans le doute contre le stipulant.

(19) D. 20, 1, *de pignor.*, L. 13 § 5; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 213 pr. Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 42 pr. — (20) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 54 initio, L. 213 pr.

(21) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 16 pr., L. 18 i. f., L. 48, L. 56. Cf. D. *eod.*, L. 16 § 1 " Quod autem sub incerta die debetur, die exsistente non repetitur "; ce passage admet virtuellement la répétition d'une chose payée *ante diem incertam;* on doit l'appliquer à une condition véritable ajoutée à un contrat sous l'apparence d'un terme; Bufnoir, cité, p. 16. — (22) L. 16 cit. pr.

(23) D. *eod.*, L. 1 § 1; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 53. — (24) Cf. T. II, § 175, 2°.

(25) Il en est de même si, malgré la volonté du débiteur de transférer aussitôt la propriété, le créancier a voulu seulement l'acquérir *impleta condicione*.

(26) Arg. D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 7 § 3.

dicione[27]; il n'a donc pas droit aux fruits comme possesseur de bonne foi[28] et ne peut usucaper[29]. Il obtient seulement la détention de la chose. Mais, si le *tradens* conserve la propriété, celle-ci devient révocable, puisqu'elle est destinée à s'éteindre par l'accomplissement d'une condition qui, à ce point de vue, est résolutoire[30].

b) Si celui qui stipule sous condition n'est pas créancier actuel, il a du moins un droit conditionnel aux effets du contrat; les effets éventuels du contrat lui sont acquis; d'après l'expression des juristes romains, il a l'espoir de devenir créancier; *spes est debitum iri*[31]. Ce droit conditionnel du stipulant est fondé sur le contrat, qui est parfait malgré son caractère conditionnel. Le promettant ne peut plus se rétracter et, pour l'éventualité de l'accomplissement de la condition, il doit apporter à la garde et à la conservation de la chose les soins exigés du débiteur pur et simple. Le stipulant peut faire des actes conservatoires : exiger une caution du promettant qui menace de devenir insolvable ou de quitter le pays[32], obtenir l'envoi en possession des biens du promettant insolvable[33], exercer le bénéfice de séparation des patrimoines[34], garantir son droit par une hypothèque[35], par un fidéjusseur[36] ou par une clause pénale[37], etc.[38]. Si l'une des parties décède *pendente condicione*, l'obligation conditionnelle se transmet activement ou passivement aux héritiers du défunt[39]. Comme il a été

(27) D. 41, 2, *de adq v. amitt. poss*, L. 38 § 1 i. f.

(28) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 pr.

(29) L. 4 pr. cit.; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 8 pr. « emptor non poterit eam « usucapere pro emptore.. »; D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2 § 2 initio; D. 41, 9, *pro dote*, L. 1 § 2 initio, L. 2. — (30) Cf. T. II, § 175, 2°.

(31) I. 3, 15, *de V. O.*, § 4 " Ex condicionali stipulatione tantum spes est debi- " tum iri.. „; D. 50, 16, *de V. S.*, L. 54 " ' Condicionales creditores ' dicuntur et " hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, " ut competat „. Cf. D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 42 pr. i. f., et D. 50, 16, *de V. S.*, L. 10 initio.

(32) Arg. D. 5, 1, *de judic.*, L. 41 " In omnibus bonae fidei judiciis, cum nondum " dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, " ex justa causa condemnatio fit „. Voyez encore D. 17, 2, *pro socio*, L. 27-28, et D. 20, 1, *de pignor.*, L. 13 § 5 i. f.

(33) D. 42, 4, *quib. ex caus. in poss. eat.*, L. 6 pr. Cf. T. IV, § 525, 1°.

(34) D. 42, 6, *de separ.*, L. 4 pr. — (35) D. 20, 1, *de pignor.*, L. 5 pr.

(36) D. 46, 1, *de fidej.*, L. 8 § 7 i. f.

(37) Arg. des textes des deux notes précédentes.

(38) L'obligation conditionnelle peut aussi être novée; D. 46, 2, *de novat.*, L. 14 § 1. Cf. T. IV, § 517, 1°.

(39) I. 3, 15, *de V. O.*, § 4 i. f.; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 25; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 8 pr., vis Quod si pendente condicione..... in praeteritum; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 57.

expliqué ailleurs[40], la condition casuelle est considérée comme accomplie, lorsque le promettant la fait volontairement défaillir.

2° Si la condition se réalise, les obligations que le contrat avait pour but de créer, arrivent à l'existence et sont en même temps exigibles[41]. En outre la condition rétroagit jusqu'au jour du contrat; celui-ci est censé avoir été conclu d'une manière pure et simple, il produit tous les effets d'un contrat pur et simple; le stipulant est censé avoir été créancier dès le jour du contrat[42]. Cette rétroactivité se fonde sur la volonté présumée des parties; celles-ci ont voulu que l'événement dont elles faisaient dépendre le contrat, venant à se réaliser, le contrat eût les mêmes effets que si elles ne l'avaient pas subordonné à cet événement. Il en résulte que la rétroactivité doit céder devant une volonté contraire des parties, manifestée d'une manière expresse ou tacite[43]. D'après cela :

a) Le créancier a droit au *commodum rei* à partir du jour du contrat; il profite de l'alluvion qui a accru le fonds *pendente condicione* et des fruits qui n'étaient pas séparés le jour du contrat[44], à moins que les parties n'aient manifesté une volonté contraire[45]. Le créancier supporte aussi le *periculum*. Si la chose

(40) T. I, § 78, III, 5°.

(41) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 213 pr. i. f. cbn. avec l'initium.

(42) D. 20, 4, *qui potiores*, L. 11 § 1 " cum enim semel condicio exstitit, perinde " habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta " esset.. "; D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 8 pr. " quasi jam contracta emptione in " praeteritum.. "; D. 39, 6, *de mort. causa donat.*, L. 40; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 78 pr. i. f.; D. 46, 3, *de solut.*, L. 16 initio; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 18 i. f.

(43) On a soutenu (WINDSCHEID, *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, et *Lehrb.* I, § 91 et note 1. — FITTING, *Ueber den Begriff der Rückziehung*, Erlangen, 1856, *Zeitschrift für Handelsrecht* II, p. 255, *Anm.* 79, et *Das castrense peculium*, p. 265, note 2, Halle, 1871. — WENDT, *Bedingtes Rechtsgeschäft*, p. 96-122), en sens inverse, que la condition suspensive ajoutée à un contrat a seulement un effet rétroactif moyennant une manifestation spéciale de la volonté des parties. Cette doctrine a contre elle les textes cités à la note précédente et les applications que nous allons faire de la rétroactivité. Celle-ci est aussi conforme à la volonté des parties.

Voyez en ce sens SAVIGNY, *System* III, § 120 initio, SELL (W.), *Ueber bedingte Traditionen*, § 11-19, UNTERHOLZNER, cité, I, § 49, n° IV, PUCHTA, *Pand.*, § 61 i. f., et *Vorles.* I, § 61, MOLITOR, cité, I, n° 131, BUFNOIR, cité, p. 294-315, VANGEROW, I, § 95, *Anm.*, n° II, 1, SCHEURL, cité, § 4 et 50-64, KARLOWA, *Rechtsgeschäft*, § 14, p. 84, MAYNZ, II, § 205, n° I, B, ARNDTS, § 71 et *Anm.* 4, ENNECCERUS, cité, § 39-40, p. 338-350, et DERNBURG, I, § 111.

(44) si, bien entendu, ils lui fussent revenus dans l'hypothèse d'une convention pure et simple, ce qui suppose que celle-ci ne soit ni à titre gratuit, ni de droit strict; T. III, § 288, III, 4°, A.

(45) On objecte que la condition suspensive contient un terme suspensif; si, dit-on, les parties font dépendre leur contrat d'un événement futur et incertain, elles veulent aussi différer l'exigibilité de la dette; or le créancier à

due est diminuée ou détériorée *pendente condicione* par suite d'un accident, le débiteur se libère en la livrant dans l'état où elle se trouve. Cette règle s'applique même aux conventions bilatérales. Dans celles qui ont pour objet un transfert de propriété, le débiteur doit seulement livrer une chose diminuée ou détériorée et il a droit à l'intégralité de la prestation réciproque; le vendeur, par exemple, obtient la totalité du prix, comme dans la vente pure et simple. Dans les conventions bilatérales qui ont pour objet la jouissance d'une chose ou des services, le débiteur est encore libéré partiellement par le cas fortuit; mais il perd dans la même proportion son droit à la prestation réciproque; le bailleur d'une chose subit une réduction proportionnelle du prix, comme dans le bail pur et simple. — Si *toute* la chose a péri accidentellement *pendente condicione*, dès l'instant de la perte le contrat conditionnel est infirmé faute d'objet; donc la condition ne peut plus s'accomplir utilement et encore moins rétroagir. En conséquence, dans les conventions unilatérales, la perte totale est pour le créancier et, dans les conventions synallagmatiques, qu'elles aient pour objet un transfert de propriété ou bien la jouissance d'une chose ou d s services, c'est le débiteur de la chose frappée par l'accident qui le supporte; le contrat étant considéré comme non avenu, il n'a aucun droit

terme ne profite pas des fruits de la période intermédiaire. Ce point de vue est inexact. En ajoutant à leur contrat une condition suspensive, les parties ne veulent qu'une chose : faire dépendre le contrat de la condition, peu importe que par voie de conséquence, en suspendant l'existence de l'obligation, elles en reculent aussi l'exigibilité; dans leur pensée, comme d'après la réalité des choses, la condition absorbe le terme; celui-ci n'est pas pris en considération.

La règle défendue ici est constante pour la condition résolutoire (n° IV, B, 2°, *a*, du présent paragraphe) et celle-ci est en définitive une condition suspensive; cf. T. I, § 78, II, 1°.

On ne peut opposer le D. 18, 6, *de P. et. C. R. V.*, L. 8 pr. " et fructus medii temporis venditoris sunt.. „, en séparant ces termes, comme le fait la Vulgate, des mots " si pendente condicione res extincta fuerit „; de cette manière, ils sont dépourvus de sens précis. Il convient de les rapprocher des mots " si pendente condicione res extincta fuerit „, conformément à la leçon florentine; alors ils sont étrangers à notre question; cf. T. III, § 299, note 14. Le D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 pr., qui accorde les fruits au vendeur, n'est pas non plus contraire; il suppose que la condition est encore en suspens.

Voyez en notre sens THIBAUT, *Abhandlungen*, n° 17, p. 362-365, SELL (W.), *Bedingte Traditionen*, § 15, UNTERHOLZNER, cité, T. I, § 49, n° IV, SAVIGNY, *System* III, § 120, et note e, PUCHTA, *Vorles.* I, § 61, 2, et MAYNZ, II, § 205, n° I, B.

Contra MOLITOR, cité, I, n° 418, BUFNOIR, cité, p. 310-315, et WINDSCHEID, *Wirkung der erfüllten Bedingung*, *Lehrb.* I, § 91 et note 1. Cf. VANGEROW, I, § 95, *Anm.*, n° II, 1, c, et SCHEURL, cité, § 61 initio.

Il va de soi que de son côté le créancier doit restituer au débiteur les frais nécessités par la production, la récolte et la conservation des fruits, en vertu de

à la prestation réciproque; le vendeur et le bailleur perdent à la fois la chose et le prix[46].

b) La rétroactivité de la condition accomplie s'applique aussi à l'acquisition de la propriété, si la chose due a été livrée *pendente condicione*. Le *tradens* qui n'en avait plus que la propriété révocable, cesse de plein droit d'en être propriétaire; l'*accipiens* le devient à sa place et sa propriété remonte au jour de la tradition. Nous nous référons sous ce rapport à des explications antérieures[47].

Par dérogation à la règle générale, les conditions potestatives de la part de l'un des contractants ne rétroagissent pas[48]. Alors les fruits de la période intermédiaire restent au débiteur et la propriété de l'*accipiens*, qui a reçu la tradition de la chose *pendente condicione*, ne rétroagit point[49].

3° Si la condition suspensive défaillit, le contrat est considéré comme non avenu[50].

B) *Condition résolutoire*. 1° Pendant que la condition résolutoire est en suspens, il importe de séparer les deux conventions qu'elle implique : la convention principale, pure et simple en même temps que résoluble, et la convention accessoire, faite sous condition suspensive et ayant pour objet la résolution de la première; la première est la convention *résoluble*, la seconde la convention *résolutoire*[51].

a) Le contrat principal étant pur et simple[52] produit tous ses

la règle " fructus intelliguntur deductis impensis. Cf. D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 16, cbn. avec D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 22, et C. 4, 49, *eod.*, L. 16.

(46) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 8 pr. i. f.; Cf. T. III, § 299 et note 14.

(47) T. II, § 175, 2°, et le n° IV, A, 1°, *a*, du présent paragraphe.

(48) Cf. T. I, § 78, IV, 1°.

(49) Arg. D. 20, 4, *qui potiores*, L. 9 § 1 i. f. cbn. avec l'initium. Mais la propriété du *tradens*, qui était devenu révocable, passe de plein droit à l'*accipiens*; T. II, § 175, note 20 initio.

On restreint généralement la non-rétroactivité des conditions potestatives à celles qui ont ce caractère du côté du promettant; Sell (W.), *Bedingte Traditionen*, § 19. — Unterholzner, cité, T. I, § 49, n° IV. — Puchta, *Pand.* § 61 i. f. et *Vorles.* I, § 61, 1. — Molitor, cité, I, n°s 138-139. — Vangerow, I, § 95, *Anm.*, n° II, 1, e. Mais si la condition est potestative du côté du stipulant, il est aussi vrai de dire que le consentement des parties n'existe en réalité que le jour de l'accomplissement de la condition; T. I, § 78, IV, 1°.

De son côté Savigny, *System*, III, § 120, p. 151-152, limite la non-rétroactivité aux actes de propriété que le débiteur a faits sous condition potestative; T. I, § 78, note 55 initio. Maynz, T. II, § 205, note 30 i. f., cbn. avec T. I, § 155, et note 7, admet la rétroactivité des conditions potestatives.

(50) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 8 pr. " si quidem defecerit condicio, nulla " est emptio, sicuti nec stipulatio.. "; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 37 i. f.

(51) T. I, § 78, II, 1° initio, et IV, 2° initio.

(52) D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2 § 5; D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 2 § 1 initio.

effets. S'agissant d'une vente, le vendeur est tenu immédiatement de livrer la chose et l'acheteur de payer le prix. La tradition de la chose et le payement du prix rendent l'acheteur propriétaire de la chose, si celle-ci appartient au vendeur(53) et, dans le cas contraire, l'acheteur de bonne foi acquiert les fruits, dispose de l'action Publicienne et peut usucaper(54). Mais, comme le contrat principal est résoluble, ses effets le sont également; ils sont destinés à cesser si la condition résolutoire s'accomplit; la propriété acquise en exécution du contrat est révocable.

b) La convention résolutoire a pour objet la résolution du contrat principal; elle produit les effets ordinaires d'une convention conclue sous condition suspensive. D'une part, la condition suspend l'existence des obligations que la convention résolutoire a pour but de créer; provisoirement rien n'est dû en vertu de cette convention, il n'y a pas encore d'obligation de restituer la chose reçue en exécution du contrat principal; dans le cas de vente, l'acheteur mis en possession de la chose vendue n'est pas tenu de la rendre; s'il la restitue par erreur, il dispose, pour la répéter, de la *condictio indebiti*(55). Mais d'autre part, celui qui a stipulé conditionnellement la résolution du contrat principal, a un droit conditionnel à cette résolution; il a l'espoir de devenir créancier, avec les effets signalés pour la condition suspensive ordinaire(56).

2° Si la condition résolutoire s'accomplit, le contrat principal est résolu rétroactivement; il est censé n'avoir jamais été conclu; les parties doivent être rétablies dans l'état où elles se seraient trouvées si elles n'avaient pas contracté(57). Cette rétroactivité, comme celle de la condition suspensive, repose sur l'intention présumée des parties(58); celles-ci ont voulu que, si la condition résolutoire venait à s'accomplir, le contrat fût réputé n'avoir pas été conclu, *ut res inempta esset*(59). A cause de ce fondement, la rétroactivité de la condition résolutoire n'est pas plus absolue que celle de la condition suspensive; il est loisible aux parties d'y déroger d'une manière expresse ou tacite(60). De là les conséquences suivantes :

(53) D. *eod.*, L. 4 § 3 i. f.

(54) D. *eod.*, L. 2 § 1; D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2 § 3-5. Voyez encore D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 § 4. — (55) Cf. le présent paragraphe n° IV, A, 1°, *a*.

(56) Cf. ce paragraphe n° IV, A, 1°, *b*.

(57) Cf. D. 41, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 19 « quoniam eo genere retro acta ven- « ditio esset redhibitioni similis.. », et D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 5 i. f.

(58) *Vatic. fragm.* 14 « quoniam eo jure contractum in exordio videtur.. ».

(59) D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 2 initio, L. 4 pr. initio, L. 5 initio, L. 6 pr. et § 1, L. 8 initio; D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 17; D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2 § 3 initio et 5.

(60) Le principe général de la rétroactivité de la condition résolutoire est

a) Les obligations que la convention résolutoire était destinée à produire arrivent à l'existence ; chaque partie est tenue de restituer ce qu'elle a reçu en vertu du contrat principal. Étant donnée une vente sous condition résolutoire, l'acheteur doit rendre la chose qui lui a été livrée et le vendeur doit rendre le prix reçu[61]. Avec la chose principale le débiteur est tenu de restituer ses accessoires[62] et on lui doit compte des impenses nécessaires qu'il y a faites[63], voire même des impenses utiles conformes à la volonté des parties. — En outre le créancier de restitution a droit au *commodum rei* à partir du contrat, donc à l'alluvion qui s'est formée au fonds *pendente condicione* et aux fruits de la chose pour la même période[64]. En vue d'obtenir ces fruits, il dispose de l'action naissant du contrat principal s'il est de bonne foi[65] et, s'il s'agit d'un contrat de droit strict, d'une *condictio sine causa*[66]. Il n'est pas autorisé à revendiquer les fruits ; comme il n'en a jamais été propriétaire, il ne peut être question de le rétablir dans son droit de propriété[67]. — Le créancier de restitution supporte aussi le *periculum*, sauf que, si toute la chose périt fortuitement *pendente condicione*, dès l'instant de la perte la convention *résolutoire* est infirmée faute d'objet et la convention *résoluble* devient définitive ; la vente, par exemple, produit ses effets définitifs ; l'acheteur souffre de l'accident, il perd à la fois la chose et le prix[68]. En vertu d'une autre dérogation à la règle énoncée, si une chose est louée sous condition résolutoire et que *pendente condicione* elle périsse en tout ou en partie ou bien se détériore accidentellement, au moment de l'accident le prix du bail subit une réduction propor-

reconnu même par les auteurs qui rejettent la rétroactivité de la condition suspensive ; voyez WINDSCHEID, I, § 91 et notes 2-3. Les limites de la rétroactivité sont seules contestées.

(61) Voyez cependant le C. 4, 54, *de pact. inter empt. et vend.*, L. 1, et le D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 6 pr. Cf. D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 20.

(62) Arg. D. 18, 3, *de lege commiss.*, L 6 § 1.

(63) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 16.

(64) *Vatic. fragm.* 14 initio ; D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 § 4 i. f., L. 6 pr. et § 1, L. 14 § 4 ; D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 5 ; D. 22, 1, *de usur.*, L. 38 § 3 cbn. avec § 2. Cf. D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 4 § 1 cbn. avec L. 6 pr. Le débiteur de restitution doit encore céder les actions qu'il a acquises *pendente condicione* à raison d'actes illicites des tiers par rapport à la chose ; D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 § 4.

(65) *Vatic. fragm.* 14 ; D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 § 4 i. f. ; D. 18, 3, *de lege commiss.*, L. 4 pr, L. 5. — (66) D. 22, 1, *de usur.*, L. 38 § 3 cbn. avec § 2.

(67) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 4 § 4 i. f. ; D. 18, 3, *de lege commiss*, L. 4 pr., L. 5. Il dépend des parties d'exclure cette rétroactivité quant aux fruits par une convention spéciale ; si un bail de biens ruraux est fait sous condition résolutoire, on doit l'exclure d'une façon générale d'après la volonté présumée des parties. — (68) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 2 § 1, L. 3, cf. L. 4 § 1-2.

tionnelle à la perte partielle ou à la détérioration et, dans le cas d'une perte totale, le contrat entier est considéré comme non avenu.

b) En ce qui concerne la propriété révocable de l'*accipiens*, elle est révoquée de plein droit et avec effet rétroactif, conformément à des explications antérieures(69).

On suit des règles analogues quant aux conventions qui ont pour objet de constituer sous condition résolutoire des droits réels autres que la propriété [servitudes(70), emphytéose, superficie, hypothèque(71)] (72).

De même que les conditions suspensives potestatives(73), les conditions résolutoires potestatives ne rétroagissent pas(74).

3° Si la condition résolutoire défaillit, le contrat principal devient définitif(75).

§ 380. DU TERME.

LENZ, *Zur Lehre vom dies*, Tubingue, 1858.

SCHEURL, *Beiträge*, T. II, 2e partie, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, § 1-18 et 75-90, Erlangen, 1871.

SCHULIN, *Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine*, p. 186-215, Marbourg, 1875.

KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen*, § 18-19, Berlin, 1877.

ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, § 18-25, 34-37, 54-57 et 65-68, Marbourg, 1888-1889.

Les conventions à terme sont soumises à la théorie générale des actes juridiques à terme(1); nous nous bornons à ajouter quelq es observations spéciales.

I. *Notions*. D'après le droit civil, le contrat verbal de stipulation n'admet pas de terme résolutoire(2), mais le préteur valida un pareil contrat fait sous condition résolutoire(3). L'ancien droit romain

(69) T. II, § 211, 2°. Voyez encore T. II, § 250, 2°.

(70) Cf. D. 8, 1, *de servit.*, L. 4 pr.

(71) Cf. D. 20, 6, *quib. mod. pign. solv.*, L. 6 pr. i. f. cbn. avec l'initium.

(72) sauf que les fruits régulièrement acquis par le titulaire révocable du droit réel ne sont pas sujets à restitution; le but du contrat le veut ainsi.

(73) Cf. le présent paragraphe n° IV, A, 2° i. f.

(74) D. 20, 6, *quib. mod. pign. solv.*, L. 3 i. f.

(75) D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 6 pr. initio.

(1) T. I, § 79.

(2) I. 3, 15, *de V. O.*, § 3 initio; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 1, vis Placet autem..... deberi; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56 § 4, vis Qui ita stipulatur..... petit.

(3) I. 3, 15, *de V. O.*, § 3 i. f.; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 44 § 1, vis Plane post..... summoveri poterit; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56 § 4, vis sed heres..... summovetur.

annulait encore les conventions faites pour l'époque postérieure au décès du promettant ou du stipulant (*post mortem meam vel tuam 100 dare spondes?*)[4]. On faisait ici une fausse application d'un principe exact. Il est constant qu'un contrat ne peut commencer à produire une obligation dans la personne de l'héritier de l'un des contractants; *obligatio ab herede incipere non potest*[5]; si l'obligation ne s'est pas formée dans la personne du contractant, elle ne saurait se transmettre à son héritier. Mais, dans le cas d'une convention faite pour l'époque postérieure au décès d'une partie, on admettait à tort que l'obligation à terme n'existait pas entre parties. Cette existence est au contraire certaine; rationnellement l'obligation qui était formée entre parties, devait passer aux héritiers[6]. Pour remédier à l'inconvénient de la nullité de la stipulation faite pour l'époque postérieure au décès d'une partie, on s'adjoignait un costipulant, *adstipulator*, ou un copromettant, *adpromissor*. Dans le premier cas, la stipulation principale restait nulle; mais la costipulation était valable, puisque le costipulant stipulait pour une époque postérieure à la mort d'une autre personne; le costipulant actionnait régulièrement le débiteur après le décès du stipulant principal et, comme mandataire de ce dernier, il devait restituer aux héritiers le produit de la poursuite[7]. Dans le second cas, le copromettant était tenu de payer au décès du promettant principal[8]. Justinien valida la promesse et la stipulation faites pour l'époque postérieure au décès du promettant ou du stipulant[9].

II. *De quelques espèces particulières de termes.* 1° Le terme peut être abandonné à l'appréciation du débiteur par la clause '*quando voluero*'. Dans l'espèce, comme le débiteur est libre de différer l'époque du payement jusqu'au dernier instant de sa vie, personnellement il ne peut être contraint à payer. Mais la dette devient exigible à son décès; son héritier ne peut invoquer le bénéfice de la clause. Le droit accordé au débiteur de choisir l'époque du payement a un caractère exceptionnel; si on l'étendait à l'héritier, il annihilerait le lien obligatoire[10]. Par contre, la promesse '*cum voluero*' équivaut en général à la promesse '*si voluero*' et,

(4) Gaius, III, 100 initio et 158, cf. 101. — (5) Gaius, III, 158.

(6) Cf. Maynz, II, § 244, p. 350.

(7) Gaius, III, 117, v^is adstipulatorem vero....., cf. 110-114 et 215-216.

(8) Arg. Gaius, III, 117, et Festus, v° Adpromissor, sauf son recours contre ce dernier; Gaius, III, 127.

(9) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 11, cf. L. 15 pr. et § 1; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 13. D'une manière générale les conventions qui n'admettent pas de condition (§ 379 et note 3), excluent aussi le terme; arg. *Vatic. fragm.* 329. Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 77 initio, et D. 1, 7, *de adopt.*, L. 34.

(10) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 4; cette loi admet que le terme résolutoire 'quoad debitor vellet' expire au décès du débiteur; voyez la note 13 du présent paragraphe.

comme celle-ci, elle est nulle(11), à moins que les parties n'aient eu en vue un simple terme, auquel cas on assimile la promesse ' *cum voluero* ' à la promesse ' *quando voluero* '.

2° La promesse de payer quelque chose ' aussi longtemps qu'on le voudra ' ' *quoad vellem* ' est nulle ; elle dépend d'une condition potestative pure du côté du promettant; celui-ci est libre à tout instant de sa vie de ne plus vouloir payer et comme, à son décès, il cesse de le vouloir il n'y a jamais eu un lien juridique. Mais rien n'empêche la formation subséquente d'une nouvelle convention en vertu d'un nouveau consentement(12). Après avoir déclaré louer une chose pour un certain prix ' aussi longtemps qu'on le voudra ', on livre la chose ; à ce dernier moment il se forme un bail avec un terme résolutoire abandonné à l'appréciation du bailleur. Le bail prendra fin par la volonté du bailleur et, comme cette volonté périt avec lui, aussi à son décès(13).

3° *Quid* de la promesse de payer ' aussi longtemps qu'on vivra ' ' *quoad vivam* ' ? Elle est faite pour la vie du promettant et s'éteint à son décès par l'expiration du terme résolutoire(14).

4° *Quid* de la promesse de payer ' quand on pourra ' ' *quando potuero* ' ? Elle implique la stipulation du bénéfice de compétence ; le promettant peut seulement être poursuivi sur les biens qui ne sont pas indispensables à ses besoins(15).

III. *Effets*. 1° *Terme suspensif*. *a*) A la différence de la condition, le terme ne suspend que l'exigibilité de l'obligation et non son existence ; l'obligation se forme immédiatement, parce qu'il n'y a aucune incertitude sur le sort du contrat ; mais le créancier ne peut pas encore réclamer le payement(16). Par conséquent, si le

(11) Cf. le paragraphe précédent n° II, 1°.

(12) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 46 § 2.

(13) D. 19, 2, *loc.*, L. 4 « Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam « locasset dedissetve, vellet, morte ejus qui locavit tollitur ». Le bail dont il s'agit ici est à terme, en ce sens qu'il finit au décès du bailleur, et il est conclu avec une condition résolutoire puisqu'il peut être résolu par la volonté du bailleur ; arg. D. 8, 1, *de servit.*, L. 4 pr. « Servitutes ipso quidem jure neque « ex tempore... neque ad certam condicionem (verbi gratia ' quamdiu volam ') « constitui possunt.. ».

Cf. Mühlenbruch, T. II, § 339, n° II i. f., Molitor, cité, I, n°s 143-144, Bufnoir, *Condition*, p. 120-121, Maynz, II, § 205, note 45, et Windscheid, I, § 93, note 4.

(14) I. 3, 15, *de V. O.*, § 3.

(15) Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 173 pr. Ce droit exceptionnel, comme le bénéfice légal de compétence (T. III, § 288, II, 2° i. f.), ne passe pas aux héritiers. En ce qui concerne la clause ' cum petiero ', voyez le paragraphe précédent note 13.

(16) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2 « Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem « debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest.. » ; D. 45, 1, *eod.*, L. 46 pr. Le D. 50, 16, *de V. S.*, L. 213 pr., dit d'une dette à terme « dies cedit, sed nondum « venit ». Cf. D. 16, 2, *de compens.*, L. 7 pr.

débiteur à terme paye avant l'échéance, fût-ce par erreur, il n'est pas admis à répéter par la *condictio indebiti* ce qu'il a payé[17], car il a payé un *debitum*. Toutefois, s'agissant d'une dette non productive d'intérêts, il peut au moins répéter l'escompte du capital payé par erreur; il avait droit à la jouissance gratuite du capital jusqu'à l'expiration du terme et, par suite de son erreur, il a été privé de cette jouissance. En ce qui concerne le transfert de la propriété de la chose payée avant l'échéance, on suit les mêmes règles que pour la dette conditionnelle[18].

b) Le terme étant expiré, la dette devient exigible[19]. Mais le terme ne rétroagit point, car les parties ont précisément voulu exclure les effets de la convention pour la durée du terme. Le créancier à terme d'un fonds de terre n'a droit qu'aux fruits pendants à l'échéance; les fruits perçus antérieurement par le débiteur lui demeurent acquis[20]. De même si, à la suite d'un payement fait avant l'échéance, le débiteur a été réduit à la propriété révocable de la chose payée, cette propriété est à la vérité révoquée au profit du créancier, mais la propriété de celui-ci ne rétroagit pas jusqu'au payement[21]. C'est une nouvelle différence entre la condition et le terme — En ce qui concerne le *commodum* et le *periculum*, il est pour le créancier, comme dans le cas d'un contrat pur et simple; le seul effet du terme est de suspendre l'exigibilité de la dette; il n'y a aucun motif de suivre des règles différentes[22]. Donc, dans une vente à terme, l'acheteur supporte même le risque de la perte totale; il n'en doit pas moins l'intégralité du prix de vente. Dans un louage de choses à terme suspensif, tout le risque est pour le bailleur; le prix du bail subit une réduction proportionnelle à la perte partielle ou à la détérioration et la perte totale met fin au contrat.

2° *Terme résolutoire*. *a*) Dans le cours du terme résolutoire, le contrat principal, qui est pur et simple, produit tous ses effets[23]. Mais, comme il est résoluble, ses effets le sont aussi et la propriété acquise en exécution du contrat est révocable[24]. Quant à la convention résolutoire, elle crée immédiatement une dette à terme suspensif.

b) A l'arrivée du terme, le contrat principal est résolu en vertu

(17) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 10, L. 17.

(18) T. II, § 175, 2°, et T. III, § 379, IV, A, 1°, *a*.

(19) I. 3, 15, *de V. O.*, § 2, vis Id autem..... — (20) D. 31, *de leg. 2°*, L. 43 § 2.

(21) Cf. T. II, § 175, 2°, et T. III, § 379, IV, A, 2°, *b*.

(22) Les fruits font exception à la règle; ils cessent d'être un *commodum* lorsque, conformément à leur destination, ils sont séparés de la chose frugifère.

(23) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56 § 4.

(24) Arg. C. 8, 54 (55), *de donat. quae sub modo*, L. 2. Cf. *Vatic. fragm.* 283 initio.

de la convention résolutoire; donc, il cesse d'avoir de l'effet pour l'avenir[25] et, le cas échéant, la propriété révocable acquise par le créancier est révoquée[26]. Mais le terme résolutoire ne rétroagit point; les effets que le contrat principal a déjà produits, restent acquis; l'acheteur à terme résolutoire garde les fruits de la période intermédiaire[27] et la propriété retourne seulement à son ancien maître pour l'avenir. Les parties ont voulu que, même à l'expiration du terme résolutoire, tous les effets produits par le contrat fussent maintenus.

§ 381. DU MODE.

D. 35, 1, *de condicionibus... et modis eorum, quae in testamento scribuntur.*
C. 8, 54 (55), *de donationibus quae sub modo.. conficiuntur.*

SCHEURL, *Beiträge*, T. II, 2e partie, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, § 1-5 et 71-90, Erlangen, 1871.

La théorie générale du mode[1] s'applique aux conventions modales. L'obligation résultant du mode peut être poursuivie, soit par l'action naissant du contrat de bonne foi[2], soit par l'action *praescriptis verbis;* l'exécution du contrat principal se fait en vue du mode et constitue un contrat réel innomé[3]. Dans le cas d'une donation modale, le donateur a le droit de révoquer la donation pour cause d'inexécution des charges[4].

V. DE L'INVALIDITÉ ET DE LA CONFIRMATION DES CONVENTIONS; § 382.

GRADENWITZ, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1887.

Les conventions qui ne réunissent pas les conditions requises pour leur validité, sont inexistantes ou nulles, si une de leurs conditions manque d'une manière complète; elles sont simplement annulables, rescindables ou inefficaces, si une condition, tout en ne faisant pas entièrement défaut, est entachée d'un vice. Dans le premier cas, les parties peuvent seulement conclure une nouvelle convention; dans le second, l'ancienne convention est susceptible de confirmation. C'est l'application du droit commun sur l'invalidité

(25) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56 § 4.
(26) Arg. C. 8, 54 (55), *de donat. quae sub modo*, L. 2. Cf. *Vatic. fragm.* 283 initio.
(27) Arg. D. 31, *de leg. 2°*, L. 43 § 2.
(1) T. I, § 80. — (2) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 41 pr.
(3) C. 8, 53 (54), *de donat.*, L. 9, L. 22; C. *h. t.*, L. 3 § 1; C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 8. — (4) T. IV, § 413, 2°.

et la confirmation des actes juridiques[1]. Il suffira d'ajouter ici quelques observations.

I. *Des conventions conclues par des incapables.* 1° Si l'incapable est dépourvu de toute volonté (mineurs âgés de moins de sept ans, aliénés et personnes que l'ivresse ou la colère a momentanément privées de l'usage de la raison), la convention est inexistante[2].

2° Si l'incapable a une volonté, mais une volonté insuffisante (mineurs âgés de sept ans, faibles d'esprit et prodigues sous curatelle), la convention est frappée d'une simple inefficacité[3]. Encore cette inefficacité n'est-elle que relative, elle existe seulement vis-à-vis de l'incapable; lui seul peut s'en prévaloir, la partie adverse ne le peut pas; à son égard, la convention ne renferme aucun vice[4]. La convention peut être avantageuse pour l'incapable; dans ce cas, le tuteur ou le curateur de l'incapable n'invoquera pas son inefficacité et la partie adverse n'a pas qualité pour l'opposer[4]; la convention recevra donc son exécution pleine et entière. Si le tuteur ou le curateur maintient la convention, celle-ci est soumise au droit commun; lorsqu'elle est bilatérale, elle oblige aussi l'incapable et même, dans les conventions synallagmatiques qui ont pour objet un transfert de propriété, l'incapable doit exécuter ses obligations avant de poursuivre l'exécution des obligations de la partie adverse[5]. Les auteurs parlent ici d'une nullité relative ou d'un *contractus claudicans**[6]. En supposant que la convention ne soit

(1) T. I, § 81-82. Cf. Gradenwitz, cité, p. 257-259.

(2) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 8 et 10; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 49, et arg. de cette loi, L'incapacité des sourds et des muets au point de vue du contrat verbal de stipulation devait aussi annuler ce contrat, puisqu'elle empêchait de donner ou d'entendre le consentement de vive voix qui était de l'essence de la stipulation; arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 7.

(3) Arg. I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr. i. f. L'incapacité des esclaves et des personnes unies par la puissance paternelle ne rend pas non plus la convention inexistante; ces personnes sont obligées naturellement. C'est que l'incapacité dont il s'agit a un caractère purement civil. Cf. T. III, § 329, II, 1° et 2°.

(4) I. 1, 21, *de auct. tut.*, pr. « Unde in his causis, ex quibus mutuae obliga« tiones nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, « mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum « his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur ».

D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 29 « Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate « emerit ex uno latere constat contractus : nam qui emit, obligatus est pupillo, « pupillum sibi non obligat ».

(5) D. 18, 5, *de resc. vend.*, L. 7 § 1 " an proinde sit, atque ab initio sine " tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo reten" tiones competant.. „.

(6) Arg. des textes de la note 4. En ce sens Savigny, *System* III, § 108, I initio, Puchta, *Pand.*, § 232, 1, *Vorles.* II, § 232 initio, et Maynz, III, § 346, p. 160-161. Contra Vangerow, I, § 279, *Anm.*, n° 3 initio.

pas maintenue par l'incapable, elle produit du mons à sa charge une obligation naturelle, dont les effets ont été indiqués ailleurs[7].

3° Une convention conclue par un incapable quelconque l'oblige toujours civilement à restituer le profit qu'il en a retiré; il est soumis de ce chef à une action *in factum*[8]; l'incapacité ne doit pas être une cause d'enrichissement aux dépens d'autrui[9].

II. *Des actions en rescision des conventions.* Ces actions sont très variées; telles sont les actions naissant des contrats de bonne foi, l'*actio doli*, l'action *quod metus causa*, la restitution en entier, l'action rédhibitoire, l'action Paulienne, etc. Ces actions sont personnelles; elles se donnent seulement contre une personne déterminée[10] et non contre les tiers détenteurs de la chose qu'il s'agit de recouvrer[11]. Même la rescision obtenue en justice est sans effet à l'égard des tiers; la propriété a été transférée d'une manière irrévocable en vertu d'une convention faite sans aucune condition résolutoire; elle ne retourne donc pas de plein droit à l'ancien maître de la chose[12]. La prescription de l'action en rescision se fonde sur une confirmation tacite de la convention vicieuse; de là une prescription relativement courte, qui, toutefois, commence seulement à courir après la disparition de la cause d'invalidité de la convention. Si des biens des mineurs ont été aliénés sans l'homologation judiciaire, l'action en rescision dure cinq ans pour les aliénations à titre onéreux, dix ans entre présents ou vingt ans entre absents pour les donations[13]; la restitution en entier dure quatre ans[14], l'*actio doli* deux ans[15], l'action *quod metus causa* avec son caractère

(7) T. III, § 329, II, 3°. — (8) D. 26, 8, *de auct. et cons. tut. et curat.*, L. 5 pr.

(9) D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 14.

(10) qui est parfois un tiers autre que le cocontractant, par exemple dans le cas de l'action Paulienne.

(11) C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 10; D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 9; D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 43 § 8.

(12) Par dérogation à ces règles : 1° l'action *quod metus causa* et la restitution en entier fondée sur la violence morale se donnent contre tout détenteur de la chose extorquée; D. 4, 2, *quod metus causa*, L. 9 § 4 et 8 initio, L. 14 § 5 i. f.

2° si la partie adverse est insolvable ou bien si le tiers détenteur est de mauvaise foi, la restitution en entier est ouverte contre le tiers (D. 4, 4, *de minor.*, L. 13 § 1, L. 14) ou bien, après avoir obtenu vis-à-vis du cocontractant la restitution en entier contre l'aliénation elle-même, on peut poursuivre le tiers par la revendication; L. 13 § 1 cit. " vel rescissa alienatione dato in rem judicio ". Si un débiteur a aliéné une chose en fraude de ses créanciers et que l'acquéreur l'ait transférée à un autre et soit insolvable, les créanciers disposent contre l'acquéreur immédiat d'une restitution en entier avec le même effet réel; D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 9.

(13) C. 5, 74, *si major fact. sine decr. fact. alien. rat. hab.*, L. 3.

(14) C. 2, 52 (53), *de temp. in integr. restit.*, L. 7. — (15) C. 2, 20 (21), *de dolo*, L. 8.

pénal[16] et l'action Paulienne[17] une seule année, l'action rédhibitoire six mois[18].

VI. DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS; § 382a.

DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Iéna, 1896.

Pour l'interprétation des conventions, on se conforme avant tout aux règles générales d'interprétation des actes juridiques[1]. Mais il y a des règles propres pour les clauses équivoques et pour les conventions de droit strict.

1° Étant donnée une clause équivoque à tel point qu'il n'y a pas moyen d'en fixer le sens par les règles ordinaires, on se prononce pour la partie qui s'est obligée par cette clause. C'est le stipulant qui voulant acquérir un droit, aurait dû s'expliquer plus clairement; il est la cause du doute, il doit en supporter les conséquences[2]. D'après cela les conventions unilatérales s'interprètent en faveur du promettant ou du débiteur[3]; la règle s'applique au contrat verbal de stipulation[3] et à la donation non modale[4]. S'il y a doute sur le montant d'une dette résultant d'une convention unilatérale, on admet la moindre somme[5], par exemple si un écrit contient une promesse de ' deux mille (3000) as ' ou une promesse de ' trois mille (2000) as ' peu importe que la moindre somme soit écrite en lettres ou en chiffres. De même les renonciations s'interprètent en faveur du renonçant[6], elles sont de stricte interprétation[7]. En ce qui concerne les conventions bilatérales, elles s'inter-

(16) C. 2, 19 (20), *de his quae vi*, L. 4 initio.

(17) D. 42, 8, *quae in fraud. credit.*, L. 1 pr.

(18) C. 4, 58, *de aedil. action.*, L. 2 i. f. Toutefois les actions naissant des contrats de bonne foi durent trente ans.

(1) T. I, § 83.

(2) D. 2, 14, *de pact.*, L. 39 " in quorum fuit potestate legem apertius conscri- " bere „; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 21 " quia potuit re integra apertius dicere „; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 99 pr. " quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.. „.

(3) L. 99 pr. cit. " Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam " verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac *fere secundum promissorem* " *interpretamur..* „, L. 38 § 18; D. 34, 5, *de reb. dub.*, L. 26 (27). Cf. D. 50, 17, *de R. J.*, L. 56 " Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt „, L. 168 pr., L. 192 § 1.

(4) Arg. D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 67 § 3, et D. 22, 3, *probat.*, L. 25 § 4.

(5) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 9 " Semper in obscuris quod minimum est sequi- " mur „, L. 34 i. f. Autres applications : I. 4, 6, *de action.*, § 33*d* initio; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 10 § 6 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 106.

(6) D. 2, 14, *de pact.*, L. 3; D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 21; D. 8, 3, *de S. P. R.*, L. 20 pr.; C. 4, 29, *ad sctum Vell.*, L. 21.

(7) Cette solution s'impose, soit qu'on voie dans la renonciation un engagement du renonçant de ne pas faire valoir son droit (*pactum ne petatur*), soit

prètent en faveur de la partie qui s'est obligée par la clause équivoque; selon que celle-ci se rapporte aux obligations du vendeur ou de l'acheteur, du bailleur ou du preneur, on se prononce pour le vendeur ou l'acheteur, pour le bailleur ou le preneur. Par application de ce principe, le vendeur a le choix dans la vente d'une chose *in genere*(8); on explique en sa faveur les clauses extensives de la garantie d'éviction ou des vices cachés de la chose vendue et celles où l'acheteur stipule le droit de résilier la vente(9). Mais s'il y a doute sur le montant du prix, l'acheteur doit payer seulement la moindre somme(10); on interprète pour lui les clauses restrictives de la garantie d'éviction(11) ou des vices cachés ainsi que celles qui confèrent au vendeur le droit de résilier le contrat(12). La règle d'après laquelle les clauses ambiguës s'interprètent en faveur du promettant, cesse avec son motif si le promettant invoque une clause

qu'on l'envisage d'une manière plus générale comme une convention qui intervient dans l'intérêt du bénéficiaire de la renonciation. Cf. T. I, § 37, 2°.

(8) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 25 pr., L. 34 § 6 initio, L. 60. Application analogue : D. *eod.*, L. 34 pr. " Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum " servum neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, " de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat : sed " Labeo ait *eum Stichum deberi quem venditor intellexerit.*. „. Cf. T. III, § 375 et note 48 initio. — (9) Cf. D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2 § 5.

(10) Cf. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 21 § 6 " Qui domum vendebat, excepit sibi " habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem : emptor primo anno " maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare. Trebatius ait " mutandae voluntatis potestatem eum habere singulisque annis alterutrum " praestare posse et quamdiu paratus sit alterutrum praestare, petitionem non " esse „. Voyez encore D. 8, 3, *de S. P. R.*, L. 30.

(11) D. 8, 2, *de S. P. U.*, L. 17 § 3 " Haec lex traditionis ' stillicidia uti nunc sunt, " ut ita sint ', hoc significat impositam vicinis necessitatem stillicidiorum exci- " piendorum, non illud, ut etiam emptor stillicidia suscipiat aedificiorum vicino- " rum : hoc igitur pollicetur venditor sibi quidem stillicidiorum servitutem " deberi, se autem nulli debere „. § 4 " Quae de stillicidio scripta sunt, etiam " in ceteris servitutibus accipienda sunt, si in contrarium nihil nominatim " actum est „. Voyez encore D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 33. Il résulte de ces lois que si le vendeur veut exclure la garantie d'une servitude prédiale passive, il doit le faire en termes clairs; une clause ambiguë ne le dégage pas. S'il dit ' qu'il existe telle ou telle servitude prédiale ', sans ajouter qu'il a en vue des servitudes passives, sa déclaration est censée se rapporter à des servitudes actives.

(12) Cf. D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 2 pr., D. 1², 3, *de lege commiss.*, L. 1, et D. 41, 4, *pro empt.*, L. 2 § 3-4. Plusieurs lois (D. 2, 14, *de pact.*, L. 39; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 21; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 172 pr.) décident d'une manière générale que les clauses équivoques d'une vente ou d'un louage doivent être interprétées contre le vendeur ou le bailleur. Mais le D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 25 pr., L. 34 pr. et § 6 initio, L. 60 (note 8 du présent paragraphe) prouve cette décision n'a rien d'absolu; on doit distinguer que comme nous l'avons fait.

restrictive de sa promesse. Dans ce cas, on se prononce contre lui, parce que c'est lui qui aurait dû formuler plus clairement la restriction qu'il voulait apporter à sa promesse[13]. Tel est le cas où, après avoir promis un groupe de choses, on excepte certaines choses de ce groupe, mais sans la précision nécessaire[14], ou bien il y a doute sur la portée d'une condition ou d'un terme[15]. Cette modification de la règle vaut aussi pour les conventions bilatérales[16].

2° Dans les conventions de droit strict, on se tient rigoureusement aux termes plutôt qu'à la volonté des parties et même au sens littéral des termes plutôt qu'à leur signification rationnelle[17]. Donc, si les termes du contrat sont clairs, on s'y arrête absolument, bien qu'ils soient en contradiction avec la volonté des parties[18]; on ne sous-entend pas dans une convention de droit strict les clauses d'usage[19] et si, par un contrat verbal de stipulation, un acheteur s'est fait promettre le double du prix de vente pour le cas d'éviction de la chose, sans mentionner l'hypothèse d'une éviction partielle, la stipulation ne s'applique pas à cette éviction[20].

VII. DES EFFETS DES CONVENTIONS ENTRE PARTIES.

A) *De l'irrévocabilité des conventions;* § 383.

En général, les conventions sont irrévocables; l'un des contractants ne peut pas s'en désister sans le consentement de l'autre[1]. Comme on le dit très bien, le contrat fait la loi des parties, il les lie de la même manière que la loi lie tous les citoyens[1a]. Le but du contrat est de lier les parties; celles-ci veulent se lier et le contrat perdrait sa valeur juridique, si l'on admettait un désistement unilatéral. Par dérogation à la règle :

(13) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 99 pr. « Nec rursum promissor ferendus, si ejus « intererit de ceteris potius vasis forte aut hominibus actum ». Le jurisconsulte oppose ce cas à celui où une clause tend à renforcer l'obligation " Quidquid adstringendae obligationis est „; il a donc en vue une clause qui a pour but d'affaiblir l'obligation.

(14) L. 99 pr., passage transcrit à la note précédente.

(15) Arg. D. 18, 2, *de in diem addict.*, L. 2 pr.

(16) Cf. Thibaut, I, § 55, n° I, c, Mühlenbruch, T. I, § 115, 7, T. II, § 346, Maynz, I, § 37, et Windscheid, I, § 84. En vertu d'une disposition spéciale, la constitution de dot s'interprète toujours largement, à cause de la faveur dont jouit le mariage; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 85 pr.; D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 70, L. 2.

(17) D. 21, 2, *de evict.*, L. 56 § 2. — (18) Arg. L. 56 § 2 cit.

(19) Arg. D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 31 § 20. — (20) D. 21, 1, *de evict.*, L. 56 § 2.

(1) C. 4, 10, *de O. et A.*, L. 5.

(1a) D. 50, 17, *de R. J.*, L. 23 " legem.. contractus dedit... „; D. 16, 3, *depos.*, L. 1 § 6 " contractus.. legem ex conventione (*i. e. ex consensu*) accipiunt „.

I. L'une des parties peut se désister du contrat par sa seule volonté, soit en vertu d'une clause spéciale (*pactum displicentiae**)[2], soit à cause de la nature du contrat :

1° dans le louage de choses ou de services en général, lorsqu'il est conclu sans terme[3],

2° dans le mandat[4],

3° dans la société[5],

4° dans le précaire[6],

5° dans les contrats réels innomés analogues à l'un des contrats précités et surtout avec le mandat. Si quelqu'un s'est chargé d'une affaire pour notre compte moyennant une indemnité payée d'avance, nous sommes libres de revenir sur le contrat par notre seule volonté, indépendamment de toute faute de la partie adverse; l'indemnité payée peut être répétée comme indue par une *condictio sine causa*, déduction faite des débours légitimes du cocontractant[7]. Le contrat est analogue au mandat et le droit de révocation du gérant se justifie de la même manière[8]. Mais le droit de retrait n'existe pas dans les contrats réels innomés qui ne sont pas analogues à un autre contrat admettant un désistement unilatéral. Nous nous fon-

(2) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 31 § 22; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 3.

(3) Cf. T. IV, § 419, 1°, et § 424, 1°. — (4) Cf. T. IV, § 433, 1°.

(5) T. IV, § 451, III. — (6) T. IV, § 445, 4°.

(7) D. 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 5 pr.

(8) D. *eod.*, L. 3 § 2 et 3 initio, L. 5 pr., § 1-2. L'analogie avec le mandat est évidente dans l'espèce de la loi 5 pr., où quelqu'un avait reçu de l'argent pour faire un voyage à Capoue dans l'intérêt du payant; l'état de sa santé ou le mauvais temps l'avait empêché de partir. Ulpien décide que, malgré l'absence de faute de la part de l'*accipiens*, le *tradens* peut se désister du contrat et répéter l'argent, déduction faite des débours occasionnés par le projet de voyage.

La ressemblance avec le mandat n'est pas moins frappante dans le cas de la loi 3 § 2 et 3 initio, où le propriétaire d'un esclave avait reçu quelque chose pour affranchir son esclave. C'est pourquoi Ulpien autorise encore le *tradens* à se désister du contrat par sa seule volonté et à répéter la prestation faite, bien que l'*accipiens* n'eût apporté aucun retard coupable à l'affranchissement de son esclave.

Mais la même analogie avec le mandat se retrouve dans les espèces de la loi 5 § 1-2. La loi 5 § 1 suppose que quelqu'un avait livré un esclave à charge pour l'*accipiens* de l'affranchir dans un certain délai. Ici encore il y a au fond un mandat d'affranchir. Dès lors, aussi longtemps que l'esclave n'est pas devenu libre par l'affranchissement ou de plein droit par l'expiration du terme fixé, le *tradens* peut revenir sur sa volonté de l'affranchir et répéter, soit l'esclave lui-même, soit sa valeur si l'*accipiens* l'a affranchi après le désistement. Ainsi encore dans la loi 5 § 2, où Titius avait reçu de l'argent pour acheter et affranchir un esclave, on retrouve le mandat d'affranchir. De là pour le *tradens* le droit de se désister jusqu'à l'affranchissement dont il avait chargé Titius et de répéter l'argent donné ou de réclamer l'esclave, selon que Titius n'a pas encore acheté l'esclave, ou bien l'a déjà acheté, mais sans lui avoir procuré la liberté.

dons sur le caractère synallagmatique des contrats réels innomés[9]; il est de l'essence des contrats synallagmatiques d'obliger les deux parties. En outre, comme la convention relative au contrat innomé est au moins un *nudum pactum*, elle doit produire une exception en faveur de chaque partie; donc, si elle a été exécutée par l'une d'elles, l'action en répétition *ex mera poenitentia* de la chose payée serait repoussée par une exception de dol[10]. Il peut seulement y avoir lieu à une *condictio sine causa*, d'après les règles sur les risques et périls dans les contrats réels innomés[11];

(9) D. 2, 14, *de pact.*, L. 7 § 2.

(10) D'après VANGEROW, III, § 599, *Anm.*, n° IV, 2° initio, l'exception ne serait pas fondée, parce que la prestation aurait été faite exclusivemeni *contrahendi causa*, non *solvendi causa*, et que partant il ne saurait être question d'une *soluti retentio*. Il nous paraît certain que la partie qui prend l'initiative de l'exécution de la convention relative au contrat innomé, veut non seulement parfaire ce contrat innomé, mais en outre exécuter son obligation résultant de la convention préalable.

A l'appui de ce système on peut citer :

1° le C. 2, 4, *de transact.*, L. 39 " Quamvis eum qui pactus est statim paeniteat, " transactio rescindi et lis instaurari non potest : et qui tibi suasit intra certum " tempus licere a transactione recedi, falsum adseveravit „.

Cette loi décide qu'on ne peut revenir sur la transaction. Or celle-ci comme telle est un simple pacte; son exécution unilatérale seule la rend civilement obligatoire, en la convertissant en un contrat innomé; c'est donc sur ce contrat qu'il est impossible de revenir.

2° le C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 5 " Quoniam adseris patrem tuum ei contra " quem preces fundis ea condicione dedisse fundum, ut invicem domum certam " acciperet, aditus praeses provinciae placitis eum parere vel, si causam, propter " quam fundus datus est, sequi non perspexerit, condictionis ratione datum " restituere, sicut postulas, jubebit „.

Ce texte prouve que le copermutant obtient seulement la restitution de la chose donnée si le magistrat constate que l'*accipiens* est en défaut de faire sa dation réciproque (*si causam, propter quam fundus datus est, sequi non perspexerit*).

(11) Cf. T. III, § 299, IV, 3°. D'après une doctrine très répandue, dans un contrat innomé quelconque, celui qui a fait une prestation en vue d'une prestation réciproque, aurait le droit de répéter sa prestation par une *condictio ex mera poenitentia*. On croit trouver la justification de cette théorie dans le Digeste 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 3 § 2 et 3 initio, L. 5 pr., § 1-4. Mais la L. 3 § 2 et 3 initio, et la L. 5 pr., § 1-2, cit., concernent des contrats innomés analogues au mandat et admettant de ce chef un désistement unilatéral, même dans notre système; cf. note 8 du présent paragraphe. Quant à la loi 5 § 3-4, il y s'agit d'une dation faite au propriétaire d'un esclave à charge d'affranchir ce dernier; l'esclave mourut ou prit la fuite avant que son maître eût pu faire la manumission. Ulpien accorde en général la répétition de la chose donnée, tout en apportant à cette règle d'assez notables exceptions. Mais, outre qu'on retrouve ici également l'analogie du mandat, la répétition n'a pas pour cause un désistement unilatéral. Elle se fonde sur ce qu'une dation ayant été faite en vue de la prestation d'un fait et cette prestation étant devenue impossible par suite d'un

6° dans les donations à cause de mort[12].

II. Parfois on est au moins libre de se dégager d'un contrat pour une cause légitime telle que l'incapacité[13], le dol[14], la violence morale[15], l'existence de vices cachés ou l'absence de qualités promises[16]. De plus une action en rescision est ouverte dans beaucoup de contrats bilatéraux pour inexécution des obligations du cocontractant [17]. Enfin la vente et la convention relative à un partage extrajudiciaire peuvent être rescindées pour cause de lésion[18], et les donations entre-vifs sont révocables dans quelques cas particuliers[19].

B) *De la transmission des obligations conventionnelles aux héritiers des parties;* § 384.

Les obligations qui naissent des conventions, se transmettent activement et passivement aux héritiers des parties[1]; d'après la volonté présumée des parties, on promet et on stipule pour soi et pour ses héritiers[2]. La règle cesse avec son motif dans les contrats qui ont pour cause déterminante la considération de la personne du cocontractant. Tels sont :

1° le mandat[3],

2° la société[4],

3° le louage de services en général, en ce sens qu'il est intransmissible aux héritiers de l'ouvrier. Parfois aussi le louage qui a pour objet un ouvrage déterminé, ne passe pas aux héritiers de l'entrepreneur[5],

accident, la dation est sujette à restitution conformément aux règles sur les risques et périls dans les contrats innomés; cf. T. III, § 299, IV, 3°, note 52.

Voyez en ce sens Erxleben, *De contractuum innominatorum indole ac natura*, § 23 i. f. et 24, p. 143-165, Goettingue, 1835, et *Die condictiones sine causa, Abhandlung* II, *Die condictio causa data causa non secuta*, § 13, p. 222-251, § 16, p. 383-386, Goettingue, 1853, Mühlenbruch, II, § 344 et note 8, Schilling, III, § 325 et note k, Molitor, cité, I, n° 534 cbn. avec n°s 89 et 289, Machelard, *Obligations naturelles*, p. 48-69, Accarias, *Contrats innomés*, p. 179-183, Ortolan, III, n° 1600, et Namur, II, § 306, 2 Cf. Arndts, § 235, *Anm.* initio.

Contra Schmitthenner, *Ueber Verträge, insbesondere das Reuerecht*, § 31 i. f. à 48, p. 95-135, Giessen, 1831, Unterholzner, cité, II, § 321, n° I, 1, Puchta, *Vorles.* II, § 308, 3, Savigny, *System* IV, § 168 initio, Mommsen, *Beiträge* I, § 32, p. 394-396, Keller, § 352 i. f., Vangerow, III, § 599, *Anm.*, n° IV, 2, Maynz, II, § 204 i. f. et 243, p. 335-337, Brinz, II, § 248 et note 25, et Windscheid, II, § 321 et note 11. — (12) I. 2, 7, *de donat.*, § 1 initio. — (13) Cf. T. III, § 369.

(14) § 376. — (15) § 377. — (16) § 389-390. — (17) § 386. — (18) § 391-392.

(19) T. IV, § 410.

(1) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 13; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 pr., § 2 i. f. et 13 initio. — (2) D. 22, 3, *de probat.*, L. 9 i. f. — (3) T. IV, § 433, 2°.

(4) T. IV, § 451, IV. — (5) T. IV, § 424, 6°.

4° l'acceptation des fonctions d'arbitre; elle ne se transmet pas aux héritiers de l'arbitre[6],

5° les contrats réels innomés qui ressemblent à l'une des conventions susdites et notamment au louage de services ou au mandat[7],

6° le contrat verbal de stipulation appliqué à l'une des conventions précitées. Quelques jurisconsultes romains réputaient intransmissibles aux héritiers des parties toutes les stipulations qui ont pour objet un fait de l'homme, à moins qu'on n'eût mentionné spécialement les héritiers[8]; le fait de l'homme leur apparaissait comme ayant toujours un caractère personnel vis-à-vis du débiteur et du créancier[9]. Justinien condamna leur doctrine[10]. Mais, même dans sa législation, si une convention intransmissible par sa nature (louage de services en général, mandat, etc.) est revêtue de la forme de la stipulation, elle reste intransmissible; cette règle s'oppose à la transmission d'un grand nombre de stipulations de faire aux héritiers du débiteur.

C) *De l'exécution des conventions bilatérales;* § 385.

1° En principe, aucune des parties n'est tenue d'exécuter la première les obligations que lui impose le contrat bilatéral; le vendeur n'est pas obligé de livrer la chose vendue avant d'avoir reçu le prix de vente; de son côté l'acheteur ne doit pas payer le prix tant qu'il n'a pas reçu la délivrance de la chose. Dans les contrats synallagmatiques, les deux contractants sont naturellement placés sur la même ligne; aucun d'eux ne doit prendre l'initiative de l'exécution du contrat. Mais, pour ce motif, si l'une des parties veut poursuivre en justice l'exécution des obligations de la partie adverse, elle doit commencer par remplir ses propres engagements. Le vendeur qui désire réclamer le payement du prix, doit au préalable livrer la chose; l'acheteur, avant d'agir en livraison de la chose, doit payer le prix. Si cette règle est violée, si l'un des contractants poursuit l'exécution du contrat qu'il n'a pas encore exécuté lui-même, il peut être repoussé par une exception de dol[1], appelée vulgairement *exceptio non adimpleti contrac-*

(6) T. IV, § 463, II, A, 1°.

(7) Le précaire ne passe pas non plus aux héritiers du précariste; T. IV, § 445, 5°.

(8) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 13 pr. Cf. C. *eod.*, L. 15 § 1.

(9) Arg. C. *eod.*, L. 13 § 2. — (10) L. 13 cit. Cf. C. *eod.*, L. 15 pr. et § 1.

(1) Gaius, IV, 126a initio; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 8, L. 25 initio; C. 2, 3, *de pact.*, L. 21 i. f.; C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 5 « si adversus venditorem ex « vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris ». Cf. T. III, § 376 i. f.

tus ou *non rite adimpleti contractus**, selon que le demandeur n'a pas du tout rempli son obligation ou bien qu'il l'a remplie d'une manière défectueuse ; il y a mauvaise foi à vouloir forcer la partie adverse à prendre l'initiative de l'exécution du contrat bilatéral. En ce qui concerne la preuve, le défendeur qui oppose cette exception de dol, est tenu d'établir l'existence de l'obligation réciproque du demandeur, puisqu'il se fonde sur elle pour être provisoirement dispensé d'exécuter la sienne. Mais l'existence de l'obligation réciproque du demandeur résulte de l'action même ; celle-ci contient l'aveu du contrat synallagmatique et partant de l'obligation réciproque du demandeur. Si le demandeur soutient qu'il a satisfait à ses engagements, c'est à lui de le prouver ; l'existence d'un droit étant constante, sa continuation se présume jusqu'à preuve contraire(2).

2° Par dérogation à la règle énoncée, dans les contrats synallag-

(2) Voyez en ce sens PUCHTA, *Pand.*, § 232 et notes d et e, *Vorles.* II, § 232 i. f., SINTENIS, II, § 97, note 61 i. f., VANGEROW, III, § 607, *Anm.*, n° IV, MAYNZ, II, § 204 et notes 8-9, et WINDSCHEID, II, § 321, 1 i. f. Contra THIBAUT, I, § 401 i. f., et BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, § 169 i. f. D'après ces derniers auteurs, si le demandeur doit établir l'exécution de son obligation, c'est au défendeur de prouver que cette exécution a été défectueuse ; cf. KELLER, § 243.

Il faut parfois apporter des modifications à la règle énoncée dans des cas particuliers :

1° En vertu d'un contrat de vente, le prix est seulement payable trois mois après la tradition de la chose. Par une convention subséquente, l'acheteur renonce au bénéfice de cette clause. Il intente l'*actio empti* en délivrance de la chose avant d'avoir payé le prix. Le vendeur oppose l'exception de dol. Il ne lui suffit pas d'invoquer le contrat de vente, car ce contrat lui est défavorable ; il doit établir l'existence de la convention subséquente qui, enlevant à l'acheteur le délai pour le payement du prix, l'oblige, d'après le droit commun de la vente, à payer le prix avant de réclamer la délivrance de la chose ; MAYNZ, II, § 204, note 8.

2° Parfois le défendeur ne se borne pas à opposer l'exception de dol dans le but d'être dispensé de l'exécution de son obligation jusqu'à ce que le demandeur ait rempli la sienne ; il réclame de plus la résolution du contrat ou des dommages et intérêts sur le fondement de l'inexécution défectueuse de l'obligation du demandeur. Par exemple, le preneur poursuivi en payement du prix avant la livraison de la chose veut faire rescinder le bail à cause du retard considérable apporté à la livraison ; cf. le paragraphe suivant n° I, 2°. Il doit prouver le fondement de cette prétention ; il est tenu d'établir le retard considérable apporté à la délivrance. Ou bien l'acheteur actionné en payement du prix demande la rédhibition de la chose ou une diminution du prix de vente pour vices cachés. Il est tenu d'établir que la chose vendue est infectée de vices cachés donnant lieu à la rédhibition ou à une diminution du prix. Cette modification de la règle est généralement reconnue, du moins pour l'*exceptio non rite adimpleti contractus* ; SINTENIS, II, § 97, note 61 p. 296. — VANGEROW, III, § 607, *Anm.*, n° IV. — WINDSCHEID, II, § 321 et note 7. Elle est passée sous silence pour l'*exceptio non adimpleti contractus*, quoiqu'elle ne semble pas plus contestable.

matiques qui ont pour objet la jouissance d'une chose ou des services moyennant un certain prix, le débiteur de la jouisssance ou des services doit prendre l'initiative de l'exécution du contrat; le prix n'est exigible qu'après la prestation de la jouissance ou des services. Telle est la volonté des parties; celui qui contracte en vue de la jouissance d'une chose ou en vue de services, stipule une chose future, qu'il doit seulement payer pour autant que la chose future lui soit fournie(3); la jouissance de la chose ou les services doivent être prestés avant le payement du prix(4). Dans le louage de choses ou de services, le preneur ou le maître de l'ouvrage peut réclamer en justice la prestation de la jouissance ou des services indépendamment du payement du prix, sans qu'on puisse lui opposer une exception de dol. Mais le bailleur, l'ouvrier ou l'entrepreneur qui réclame le prix avant d'avoir fourni la jouissance ou les services convenus, sera repoussé par la dite exception (5).

En outre, à l'occasion d'un contrat bilatéral quelconque, il est loisible aux parties de convenir que les prestations respectives se suivront dans un ordre déterminé, par exemple que le prix de vente sera seulement exigible un mois après la délivrance de la chose, que le preneur payera le prix du bail périodiquement après l'expiration d'un certain terme. Alors les prestations réciproques doivent se succéder dans l'ordre convenu : le vendeur doit commencer par livrer la chose et l'acheteur ne doit payer le prix qu'un mois plus tard; le bailleur doit d'abord faire jouir le preneur, mais, à l'expiration de chaque terme, le preneur est obligé de payer le prix convenu(6).

D) *De la rescision des conventions bilatérales pour cause d'inexécution;* § 386.

I. Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties manque à ses obligations, l'autre peut parfois poursuivre la résolution du contrat, en vertu de la volonté présumée des parties. Celles-ci sont censées avoir voulu que si l'une d'elles n'exécutait pas le contrat, l'autre fût autorisée à se faire dégager également de ses obligations, en provoquant la rescision du contrat(1). Sous ce rapport, on peut distinguer trois groupes de contrats bilatéraux : ceux qui sont innomés, ceux qui sont nommés, mais qui établissent entre les

(3) Cf. T. III, § 299, II.

(4) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 6 initio, L. 21 § 2, L. 55 § 2. — Festus, v° Redemptores. — (5) Arg. des textes de la note précédente.

(6) Cf. T. IV, § 406, II, 1°.

(1) C'est à tort qu'on voudrait voir ici une condition résolutoire tacite;

parties un rapport continu, et ceux qui, étant nommés, créent entre les parties un rapport simplement passager.

1° Dans les contrats synallagmatiques innomés, le droit romain admet d'une manière absolue la rescision du contrat pour cause d'inexécution. Toutes les fois que le contrat est arrivé à l'existence par l'exécution de l'une des prestations et que la partie qui a reçu cette prestation, manque par sa faute à son obligation réciproque[1a], le créancier a la faculté de faire rescinder le contrat et de répéter ce qu'il a payé; il dispose à cette fin de la *condictio causa data causa non secuta*[2]. La règle vaut pour l'échange[3], la transaction[4] et le contrat estimatoire[5]. Elle se justifie par une considération historique. Sous la république, en dehors des quatre contrats réels nommés, la simple prestation d'une chose ou d'un fait en vue d'une prestation réciproque ne produisait pas d'action à l'effet d'obtenir celle-ci. Mais si la prestation réciproque n'avait pas lieu, on était admis à répéter par la *condictio causa data causa non secuta* ce que l'on avait payé soi-même. Sous l'empire on accorda l'action *praescriptis verbis* en exécution du contrat; mais on maintint à côté d'elle l'ancienne action en répétition contre la partie adverse qui avait manqué à ses engagements[6].

2° Le droit à la rescision du contrat pour inexécution de celui-ci de la part du cocontractant existe aussi dans les contrats synallagmatiques nommés, s'ils créent entre parties un rapport continu ou successif, des relations d'une certaine durée. A cette catégorie appartiennent le louage, le contrat emphytéotique et la société. Mais ici il faut une inexécution grave du contrat; le débiteur doit avoir manqué à ses obligations d'une manière essentielle. On ne peut agir en résolution du contrat à raison d'une violation légère du contrat; les parties n'ont pas voulu que tout leur contrat fût considéré comme non avenu pour le moindre manquement aux obligations contractuelles. Le bailleur d'une chose est seulement autorisé à faire rescinder le bail si le preneur n'a pas payé le loyer ou le fermage depuis deux années[7], ou bien s'il détériore considérablement la chose louée[8]. Le même droit compète au preneur si

art. 1184 Code civil. La convention est rescindable par sa nature et non d'une façon accidentelle; or la condition est un élément accidentel de la convention. Si l'on répute celle-ci résoluble sous condition, il n'y a plus de convention autre que celle-là, c'est-à-dire pure et simple. Cf. T. I, § 78, I, 2°. — (1a) Cf. § 383, I, 5°.

(2) D. 19, 5, *de praescr. verb.*, L. 5 § 1, vis sin autem rem do..... re non secuta, et § 2, vis si rem do..... convenit.

(3) L. 5 § 1, vis citis; C. 4, 64, *de rer. permut.*, L. 5.

(4) C. 2, 4, *de transact.*, L. 14. — (5) Cf. D. 19, 3, *de aestimat.*, L. 1 § 1.

(6) Cf. T. III, § 365, II, 3°. — (7) D. 19, 2, *loc.*, L. 54 § 1, L. 56.

(8) L. 54 § 1 cit. " et ut oportet coleret.. "; C. 4, 65, *de loc.*, L. 3 i. f.

le bailleur apporte un retard prolongé à la livraison de la chose[9], ou bien si le preneur est gravement troublé dans la paisible jouissance de la chose[10]. Dans le cas d'un contrat emphytéotique, le maître du fonds peut agir en résolution du contrat si l'emphytéote a cessé depuis trois ans d'acquitter la rente ou les impôts[11], s'il détériore gravement l'immeuble[12], ou néglige de dénoncer au maître l'aliénation de l'emphytéose[13]. De même, dans la société à terme, bien que, en principe, il soit défendu de renoncer à la société avant l'expiration du terme, la renonciation anticipée devient légitime si le coassocié manque d'une manière grave à ses engagements[14]. Ces dispositions des lois romaines n'ont rien de limitatif; elles doivent être étendues par analogie à tous les contrats synallagmatiques nommés qui produisent entre parties des relations continues[14a].

3° Restent les contrats synallagmatiques nommés qui produisent seulement des relations passagères. Ici l'inexécution des obligations de la partie adverse ne permet pas en règle générale de poursuivre la résolution du contrat; elle autorise seulement à réclamer des dommages et intérêts. Tel est le cas de la vente. Si l'acheteur ne paye pas le prix convenu, le vendeur peut le réclamer, le cas échéant avec des intérêts moratoires, mais il n'a pas droit à la résolution de la vente[15]. De même, si le vendeur ne livre pas la chose ou bien si l'acheteur en est évincé, ce dernier n'a droit qu'à la tradition de la chose ou à des dommages et intérêts, pas à la rescision de la vente et à la restitution du prix[16]. Comme le contrat crée seulement des rapports temporaires entre parties, les dommages et intérêts à payer par le débiteur constituent une satisfaction pleine et entière pour le créancier; la rescision du contrat est inutile. Il faut excepter le cas où, par suite de la demeure du débiteur, l'exécution du contrat n'offre plus aucune utilité pour le créancier; alors celui-ci peut agir en résolution du contrat. Quelqu'un achète des chevaux à livrer à la foire prochaine; le vendeur

(9) Arg. D. 19, 2, *loc.*, L. 60 pr. " adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis " Juliis refecta domu habitare „.

(10) D. *eod.*, L. 25 § 2 i. f., L. 60 pr. Voyez encore D. *eod.*, L. 24 § 4, L. 25 § 2 initio, et Nov. 120, c. 8 initio.

(11) C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 2 § 1. Le délai est réduit à deux ans pour la rente, s'il s'agit d'emphytéoses de biens d'établissements d'utilité publique; Nov. 7, c. 3, § 2 initio; Nov. 120, c. 8 initio. — (12) Nov. 120, c. 8 initio.

(13) C. 4, 66, *de emphyt. jure*, L. 3 § 6 cbn. avec pr. et § 1.

(14) D. 17, 2, *pro socio*, L. 14 i. f., L. 15.

(14a) Cf. T. II, § 219 et note 21, et T. IV, § 444, I, 2° i. f.

(15) C. 4, 38, *de contr. empt.*, L. 8; C. 4, 44, *de resc. vend.*, L. 14; C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 6. — (16) C. *eod.*, L. 12; D. 21, 2, *de evict.*, L. 70.

ne les livre pas au jour convenu ; il ne servirait à rien à l'acheteur de les obtenir plus tard ; le but du contrat est manqué et l'acheteur peut le faire rescinder[17]. Ou bien quelqu'un achète une chose infectée de vices donnant lieu à la garantie ; il est toujours possible qu'il n'eût acheté la chose à aucun prix s'il avait connu le vice ; il peut toujours soutenir que le but du contrat est manqué et agir par l'action rédhibitoire en résolution de la vente[18]. En dehors de ces espèces exceptionnelles, si les parties veulent que le contrat soit sujet à rescision pour cause d'inexécution, elles doivent faire une convention spéciale, qui s'appelle pacte commissoire. Ce pacte était d'une grande fréquence dans la vente[19].

II. Dans les limites indiquées, si l'une des parties manque au contrat bilatéral, l'autre peut le faire rescinder en justice ; la résolution du contrat n'opère pas de plein droit, par cela seul que l'un des contractants est demeuré en défaut de l'exécuter. Cette inexécution autorise le cocontractant à opter entre la rescision du contrat et son exécution avec des dommages et intérêts ; c'est à lui d'examiner s'il y a lieu de prendre le premier ou le second parti ; il est libre de s'arrêter au second. L'action en rescision est la *condictio causa data causa non secuta*, s'il s'agit de contrats innomés ; pour les autres c'est l'action naissant du contrat de bonne foi ou bien une action spéciale telle que l'action rédhibitoire[20]. Le demandeur doit prouver l'inexécution du contrat de la part du défendeur ; c'est la base de son action[21]. Celle-ci tend à la rescision du contrat avec des dommages et intérêts. Mais la rescision du contrat ne fait pas retourner la propriété de la chose au demandeur, de manière à lui permettre de la revendiquer contre les tiers ; la propriété lui revient seulement par la rétrotradition et dans l'état où elle lui est transférée. C'est l'application d'une règle générale sur les actions rescisoires[22].

(17) Arg. C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 10.

(18) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 1, § 1-2. Cf. T. III, § 390, I, A, 2°.

(19) D. 18, 3, *de lege commissoria*. Cf. T. IV ; § 468. Machelard, *Obligations naturelles*, p. 51, note 1, concède la rescision dans tous les contrats bilatéraux nommés qui établissent des rapports permanents entre les parties. Windscheid, II, § 321 et note 9, la reconnaît dans tous les contrats bilatéraux nommés autres que la vente, le louage et la société, Molitor, cité, I, n° 89, dans le louage de choses et dans le bail emphytéotique.

La plupart des interprètes du droit romain (tels que Mühlenbruch, II, § 334, Maynz, II, § 204 i. f., et Namur, I, § 244, 4), ne tenant pas compte des décisions multiples des lois romaines susdites, repoussent la rescision pour tous les contrats bilatéraux nommés. — (20) D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 1 § 1-2.

(21) Cf. T. IV, § 480, II, B, 3°. — (22) T. III, § 382, II.

E) *De la garantie du chef d'éviction.*

D. 21, 2, *de evictionibus et duplae stipulatione.* — C. 8, 44 (45), *de evictionibus.*

Müller (K. O.), *Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion*, Halle, 1851, ouvrage inachevé.

Bekker (E. J.), *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* VI p. 229-336, Leipzig, 1863.

Girard, *Nouvelle revue historique* VI (1882), p. 180-218, VII (1883), p. 537-592, VIII (1884), p. 395-439.

Boggio, *Della evizione negli atti traslativi di diritti e specialmente nella vendita*, Turin, 1894, 2e édition.

Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, 1re partie : *Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*, Leipzig, 1902.

§ 387. CONDITIONS DE LA GARANTIE.

I. *Evincere rem*, c'est enlever une chose à quelqu'un à la suite d'une victoire, qui, en droit, ne peut être qu'une victoire judiciaire. Le recours en garantie du chef d'éviction suppose que quelqu'un, après avoir reçu une chose en vertu d'une convention à titre onéreux, en a été judiciairement dépouillé à la suite d'un vice dans les droits de son auteur, vice qu'il ignorait lors du contrat. De là les conditions suivantes :

A) Le recours en garantie pour cause d'éviction exige une convention à titre onéreux. Il a lieu dans la vente(1), l'échange(2), le louage de choses(3), la société, le partage conventionnel(4), le contrat de gage(5), la dation en payement(6), la transaction(7), etc. En ce qui concerne la transaction, la garantie est seulement due pour la chose *avec* laquelle on transige(7) ; celle-ci fait l'objet d'une véritable aliénation(8). La garantie n'est pas due par rapport à la chose *sur* laquelle on transige; la partie qui abandonne cette chose à son cocontractant, se borne à renoncer aux droits qu'elle pourrait avoir sur elle(9). Le fonds Cornélien est litigieux entre Primus et Secundus; Primus l'abandonne à Secundus, à condition de recevoir de celui-ci le fonds Sempronien; il a droit à la garantie pour le fonds Sempronien, mais il ne la doit pas pour le fonds Cornélien(10). Par

(1) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 2; D. *h. t.*, L. 60.
(2) D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1 § 1; C. *h. t.*, L. 29. — (3) D. 19, 2, *loc.*, L. 9 pr.
(4) D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 10 § 2; D. *h. t.*, L. 66 § 3.
(5) D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 16 § 1, L. 32. — (6) C. *h. t.*, L. 4.
(7) C. 2, 4, *de transact.*, L. 33 pr. et § 1. — (8) C. *eod.*, L. 21 initio.
(9) C. *eod.*, L. 33 § 2.
(10) Puchta, *Pand.*, § 362, note b initio, *Vorles.* II, § 362 i. f.

contre les conventions à titre gratuit, telles que la donation[11] et la constitution de dot[12], n'obligent pas à la garantie d'éviction; celui qui fait une libéralité veut seulement transférer au gratifié les droits qu'il a lui-même[13]. Toutefois l'auteur de la libéralité est tenu à un autre titre :

1° lorsqu'il a connu le vice de son droit et n'en a pas averti le gratifié. Dans ce cas il a trompé le gratifié et on répond toujours de son dol[14];

2° lorsque la libéralité consiste dans la promesse de donner une chose déterminée seulement quant à son genre ou bien une quantité de choses fongibles. Une pareille promesse, quoique faite à titre gratuit, oblige à donner une chose dont on soit pleinement propriétaire; cette obligation n'est pas exécutée par le payement de la chose d'autrui; le payement est nul et le gratifié demeure créancier[15].

B) Le recours en garantie du chef d'éviction suppose un vice dans les droits de l'auteur. Quand ce vice existe-t-il?

1° Lorsque la convention a pour objet des choses corporelles.

(11) Paul, V, 11, § 5; D. 39, 5, *de donat.*, L. 18 § 3 initio.

(12) D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 69 § 7; C. 5, 12, *eod.*, L. 1 § 2 initio; cf. C. 5, 13, *de rei ux. act.*, L. un. § 1b (§ 1 initio).

(13) La constitution de dot ne donne pas lieu à la garantie, même dans les cas où elle forme une convention à titre onéreux; T. V, § 544, 4°.

(14) D. 39, 5, *de donat.*, L. 18 § 3 i. f.; C. 5, 12, *de jure dot.*, L. 1 § 2 i. f.

(15) D. 30, *de leg. 1°*, L. 45 § 1 " Heres generaliter dare damnatus sanum eum " esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, " *quia ita dare debet, ut eum habere liceat;* sanitas autem servi ad proprietatem " ejus nihil pertinet: sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, " evenit, *quo minus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus,* " *accidere possit, ut eum habere domino non liceat* „. § 2 Si vero certus homo " legatus est, talis dari debet, qualis est „.

L. 46, " Quae de legato dicta sunt, eadem transferri licebit ad eum, qui vel " Stichum vel hominem dari promiserit „.

La loi 45 § 1 pose clairement la règle que l'héritier chargé du legs d'un esclave en général doit remettre au légataire un esclave tel que le légataire puisse le garder; un esclave appartenant à autrui ou grevé d'une hypothèque n'est point dans ce cas. Le jurisconsulte en fait l'observation pour l'hypothèque d'un fonds de terre, et le D. 32, *de leg. 3°*, L. 29 § 3 initio, le prouve surabondamment. Or la loi 46 étend cette décision à celui qui a promis un esclave en général. Il n'est guère contestable qu'elle a en vue une promesse à titre gratuit; car, pour ne pas parler de l'analogie du legs et de la donation, elle décide que celui qui promet un esclave déterminé, doit seulement le livrer tel quel, conformément à la loi 45 § 2, ce qui convient seulement aux promesses à titre gratuit. Cf. T. III, § 286, II, 1°.

Voyez en ce sens Mackeldey, II, § 434, note *c*, Mühlenbruch, II, § 441 et note 7, Puchta, *Vorles.* II, § 362 i. f., Molitor, cité, II, n° 918, Sintenis, II, § 110, note 5, Vangerow, III, § 610, *Anm.* 2, Namur, II, § 318, 4, et Windscheid, II, § 366 et note 8.

Contra Thibaut, *Civil. Abhandlungen*, n° 4, p. 48-64, *System* I, § 414 et note r,

a) les droits de l'auteur sont vicieux s'il n'est pas propriétaire de la chose[16], s'il en est seulement propriétaire pour une partie divise ou indivise[17], si sa propriété est révocable, si la chose est grevée d'un droit réel tel qu'une hypothèque[18], un droit d'emphytéose ou de superficie[19], une servitude personnelle[20], etc.[21]. Mais les servitudes prédiales passives ne donnent pas lieu à la garantie d'éviction. On ne saurait les considérer comme des vices dans le droit de l'auteur; ce sont des charges naturelles et normales des immeubles[22]; elles forment le droit commun de la propriété immobilière; elles sont tellement utiles et jusqu'à un certain point indispensables à cette propriété qu'on les rencontre à peu près partout. L'acquéreur d'un immeuble doit les prévoir lors du contrat et il est d'autant plus juste qu'il les supporte que, par une sorte de compensation, il profite des servitudes prédiales actives. La règle vient à cesser en cas de convention contraire ou de dol de l'auteur. Le vendeur qui déclare que le fonds vendu est libre de toute servitude, *optimus maximusque*, doit garantir cette liberté. Il en a l'obligation bien que l'acheteur ait connu lors du contrat l'existence de la servitude, car l'acheteur a dû conclure de la déclaration du vendeur que celui-ci allait libérer l'héritage[23]. De même, la bonne foi commande au vendeur qui connaît l'existence d'une servitude prédiale passive, de la déclarer à l'acheteur lors du contrat. S'il la déclare, l'acheteur est sans recours; car il a contracté en pleine connaissance de cause. Mais si le vendeur s'abstient de faire la déclaration de la servitude, il trompe l'acheteur et répond de son dol[24]. Il est responsable alors même qu'il a déclaré vendre le fonds avec les servitudes prédiales dont il pourrait être grevé; cette déclaration vague et générale faite par quelqu'un qui sait que l'immeuble est grevé d'une servitude déterminée, est

Goeschen, II (2), § 399, p. 92, Unterholzner, cité, II, § 588 et note c, Schilling, III, § 361 et note gg, Keller, § 331, V i. f., et Maynz, II, § 255, p. 401-402.

En sens opposé, on a soutenu que la promesse à titre gratuit oblige à la garantie d'éviction, même si elle a pour objet un corps certain; Bekker, cité, p. 247-253. — (16) D. *h. t.*, L. 1 initio.

(17) L. 1 cit., vis Sed cum pars evincatur.....

(18) D. *h. t.*, L. 34 § 2, L. 63 § 1.

(19) Arg. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 3, « vel de quo alio jure ejus, quod distractum est ..».

(20) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 66 pr. initio; D. *h. t.*, L. 15 § 1 initio, L. 46 pr., L. 49, L. 62 § 2; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 3.

(21) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 3 « de possessione nuda ..». D'après ce texte, on peut aussi être évincé de la possession, par exemple à l'ancien interdit *Utrubi*, à l'interdit *Quorum bonorum*, etc. — (22) D. 50, 16, *de V. S.*, L. 86.

(23) D. 21, 2, *de evict.*, L. 75. — (24) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 1 § 1 initio.

elle-même entachée de dol[25]. Il faut en dire autant si le vendeur connaissant l'existence d'une certaine servitude prédiale passive, au lieu d'en faire la déclaration précise, feint de l'ignorer et décline la garantie ' pour le cas où par hasard cette servitude serait due '. L'acheteur est sans recours si, lui également, connaissait l'existence de la servitude; dans ce cas on ne peut imputer un dol au vendeur, puisqu'il n'a exploité aucune erreur de l'acheteur[26].

(25) Cf. L. 1 § 1 cit., vis Sed scire venditorem....., et D. 21, 2, *de evict.*, L. 69 § 5 i. f.

(26) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 1 § 1 i. f. Nous nous appuyons sur les lois suivantes :

1° D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 59, Celsus, « Cum venderes fundum, non dixisti ' ita ut optimus maximusque ' : verum est, quod Quinto Mucio placebat, non " liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. Idem et in urbanis praediis " dicendum est ».

" En vendant un fonds de terre, vous n'avez pas déclaré qu'il était libre de " toute servitude. Quintus Mucius enseignait exactement que le fonds de terre " devait être livré, non pas quitte et libre, mais tel quel. Il faut en dire autant " des servitudes urbaines ".

Cette loi est décisive et les procédés d'interprétation par lesquels on a voulu l'écarter, sont des plus arbitraires. La glose proposait de lire *cum venderes fundum, dixisti ' ita ut* NON *optimus maximusque* '; par ce déplacement de la particule *non*, elle changeait entièrement l'espèce du passage; elle l'appliquait à une vente d'un fonds de terre avec une clause de non-garantie pour les servitudes prédiales passives! Maynz, II, § 213, Observ. 1 i. f., traduit les mots *qualis esset* par *le fonds tel qu'il est* ET SE MONTRE. D'après cela, l'acheteur devrait seulement supporter les servitudes prédiales *apparentes*; le vendeur serait au moins responsable des servitudes prédiales *non apparentes*. Cette interprétation est à la fois contraire au sens naturel des mots *qualis esset* et condamnée par leur antithèse *non liberum*; si le vendeur ne doit pas livrer le fonds quitte et libre, il est clair qu'il peut le livrer avec toutes les servitudes qui le grèvent.

2° D. *h. t.*, L. 75, Venuleius, « Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite " secutae sunt et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant " venditorem ob evictionem teneri non posse : nec enim evictionis nomine " quemquam teneri in eo jure, quod tacite soleat accedere : nisi ut optimus maxi- " musque esset traditus fuerit fundus : tunc enim liberum ab omni servitute " praestandum. Si vero emptor petat viam vel actum, venditorem teneri non " posse, nisi nominatum dixerit accessurum iter vel actum : tunc enim teneri " eum, qui ita dixerit. Et vera est Quinti Mucii sententia, ut qui optimum maxi- " mumque fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, " nisi hoc specialiter ab eo *accessurum expressum* (leçon Mommsen) sit ».

« En ce qui concerne les servitudes prédiales, si elles ont suivi tacitement " l'immeuble et qu'elles soient réclamées par un tiers, Quintus Mucius et " Sabinus pensent que le vendeur n'est pas tenu à raison de leur éviction; en " effet (disent-ils) personne n'est tenu du chef d'éviction par rapport à un droit " qui d'habitude est l'accessoire tacite du fonds de terre, sauf si celui-ci a été " livré comme quitte et libre de toute servitude, auquel cas il doit être presté tel. " Si au contraire l'acheteur réclame une *via* ou un *actus*, le vendeur (disent " encore Quintus Mucius et Sabinus) ne peut être obligé, à moins qu'il n'ait " spécialement déclaré qu'un *iter* ou un *actus* était dû à l'immeuble; car celui

b) L'auteur répond des vices susdits non seulement lorsqu'ils existaient au moment du contrat, mais aussi lorsqu'ils sont sur-

« qui a fait une pareille déclaration, est obligé. Cette opinion de Quintus Mucius « est exacte; celui qui a livré un fonds de terre comme quitte et libre, doit le « prester tel; mais il ne doit garantir l'existence d'autres servitudes au profit de « l'immeuble que s'il les a spécialement garanties ».

Quelqu'un vend un fonds servant. S'il déclare la servitude à l'acheteur, évidemment celui-ci doit la supporter. Mais *quid* s'il ne la déclare pas, étant d'ailleurs de bonne foi, et que, la servitude ayant suivi tacitement l'immeuble (*si tacite secutae sunt*), l'acheteur en soit évincé? Quintus Mucius et Sabinus lui refusaient tout recours en garantie contre le vendeur, sauf si le fonds avait été vendu *optimus maximusque*. Passant ensuite à l'hypothèse où l'acheteur d'un fonds de terre succombait dans la réclamation d'une servitude de passage active, les mêmes jurisconsultes dispensaient encore le vendeur de toute garantie, à moins qu'il n'eût déclaré vendre l'immeuble avec la servitude active. Venuleius approuve en tous points leur doctrine.

Cette loi est aussi catégorique que la précédente. Pour lui échapper, on a soutenu que, même dans sa première partie, elle s'occupait non pas des servitudes passives, mais des servitudes actives. Les mots *nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus* protestent contre cette manière de voir; ils ne conviennent absolument qu'aux servitudes passives. On les a rejetés comme une interpolation maladroite d'un glossateur! On a aussi voulu appliquer les mots *si tacite secutae sunt* aux servitudes *apparentes*; comme celles-ci devraient être connues de l'acheteur en dehors d'une déclaration expresse, elles suivraient tacitement l'immeuble; mais l'éviction des servitudes *cachées* donnerait lieu à un recours. Cette interprétation est forcée et inconciliable avec la décision finale *ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum praestet*; aux termes de celle-ci, le vendeur d'un immeuble en doit seulement garantir la liberté s'il l'a déclaré libre. En outre on ne comprend pas qu'un passage qui s'occupe *ex professo* de l'éviction des servitudes prédiales, soit passives, soit actives, négligerait les premières quand elles sont cachées.

3° D. *h. t.*, L. 48 « Cum fundus ' uti optimus maximusque est ' emptus est et « alicujus servitutis evictae nomine aliquid emptor a venditore consecutus est, « deinde totus fundus evincatur, ob eam evictionem id praestari debet quod ex « duplo reliquum est.... »

Cette loi suppose un recours en garantie du chef de l'éviction d'une servitude grevant le fonds vendu. Elle indique comme une condition de ce recours la clause *uti optimus maximusque*. Cette condition ne s'explique que pour autant que la garantie des servitudes prédiales passives n'ait pas lieu de plein droit.

Voyez en ce sens Goeschen, II (2), § 400, p. 96, Thibaut, I, § 415, Mühlenbruch, II, § 400, 1 i. f., Molitor, cité, I, n° 462, Müller, cité, § 18, III, p. 185-189 et 196-227, Keller, § 331, I, 1 i. f., Vangerow, III, § 610, *Anm.* 3, Namur, II, § 260, **4**, *b*, 2°, Windscheid, II, § 391 et note 28, et Bertolini, cité, fasc. 5, n° 304, p. 546, note 1.

On a soutenu (Neustetel, dans Neustetel et Zimmern, *Römisch-rechtliche Untersuchungen* I, p. 216-233, Heidelberg, 1821. — Wening-Ingenheim, II, § 361, p. 436-437. — Meissner, *Edicti Ædilicii praecepta quatenus ultra ipsa Edicti verba locum habeant*, p. 34 et ss., Leipzig, 1862) que les servitudes prédiales passives sont des vices du fonds, auxquels on devrait appliquer les règles relatives aux vices cachés; le vendeur serait de plein droit responsable de

venus après le contrat par suite d'un fait qui lui est imputable. Tel est le cas où le vendeur d'une chose, avant de la livrer à l'ache-

l'existence d'une servitude prédiale grevant le fonds vendu, malgré sa bonne foi et indépendamment d'une clause de garantie; il serait soumis de ce chef à l'action édilitienne *quanto minoris* en diminution du prix de vente. D'autres interprètes (UNTERHOLZNER, cité, II, § 466, note f i. f. — SCHILLING, III, § 294 et notes u et v. — MAYNZ, II, § 213, Observ. 1), partant aussi du point de vue que les servitudes prédiales passives sont des vices des immeubles, rendent au moins le vendeur responsable de plein droit des servitudes non apparentes, de même que la garantie légale des vices s'étend aux vices cachés; l'acheteur serait sans recours à raison des servitudes apparentes. Mais il est contraire à la nature des choses d'assimiler les servitudes prédiales passives aux vices corporels d'un animal. Ces vices sont anormaux et ne profitent à personne; les servitudes prédiales sont des charges normales de la propriété foncière et tournent à l'avantage du fonds dominant; elles constituent même une nécessité de la propriété immobilière. L'acquéreur doit s'attendre à les rencontrer à son désavantage comme à son profit, tandis qu'il ne doit pas prévoir le vice caché d'un animal. D'ailleurs, si les servitudes prédiales passives étaient des vices du fonds servant, l'acheteur devrait obtenir, outre l'action *quanto minoris*, l'action rédhibitoire pour faire rescinder la vente et nos adversaires eux-mêmes n'osent défendre cette thèse. Nos sources ne parlent jamais que de l'éviction d'une servitude (D. *h. t.*, L. 15 i. f., L. 48, L. 69 § 5 i. f.); jamais elles ne représentent celle-ci comme un vice de l'immeuble.

Non obstant : 1° CIC., *de oratore* I, 39, et *de offic.* III, 16. Dans le premier passage, Cicéron appelle les servitudes prédiales passives des *incommoda*, dans le second des *vitia*. Mais ces expressions n'ont rien de technique; elles signifient simplement que les servitudes prédiales passives sont des charges du fonds servant. Ce qui le prouve, c'est que l'orateur n'applique nullement aux servitudes prédiales passives les règles sur la garantie des vices de la chose vendue; d'après ces règles, le vendeur même de bonne foi est tenu de la garantie; or Cicéron se borne à rendre responsable des servitudes prédiales passives le vendeur de mauvaise foi. Il fait même dériver cette responsabilité du droit civil et non du droit édilitien.

2° D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 61 " Quotiens de servitute agitur, victus tantum " debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem " impositam ".

Cette loi est étrangère à notre question. Elle se propose de déterminer les effets et non les conditions de la garantie des servitudes prédiales passives. Elle nous apprend que l'acheteur évincé d'une pareille servitude peut demander à titre d'indemnité la moins-value résultant de la servitude. Les mots *quanti minoris* ne désignent nullement l'action édilitienne *quanto minoris*. Quant à la réception de la loi sous la rubrique *de aedilicio edicto*, étant donné le mode de confection du Digeste de Justinien, on ne peut y attacher une importance décisive.

3° D. *h. t.*, L. 15 § 1 « Si usus fructus evincatur, pro bonitate fructuum aesti- « matio facienda est. Sed et si servitus evincatur, quanti minoris ob id praedium « est, lis aestimanda est ».

Ce passage n'est pas plus probant que le précédent; le jurisconsulte parle même de l'*éviction* de la servitude prédiale passive. Ajoutons que si la leçon *servitus*, proposée par Cujas et Mommsen d'après les Basiliques, paraît plausible, le manuscrit de Florence porte cependant *servus*, ce qui donne un sens acceptable; il

teur, l'aliène en faveur d'une autre personne[27], la donne en hypothèque[28] ou bien laisse s'accomplir une usucapion[29]. Mais il ne peut être question d'un vice dans les droits de l'auteur si l'acquéreur est dépouillé de la chose par un jugement mal fondé à cause du dol ou de l'ignorance du juge[30]; ce jugement constitue un accident que l'acquéreur doit supporter[31].

2° On suit des règles analogues si la convention a pour objet un droit réel autre que la propriété. Pour le cas où elle porte sur des créances, nous nous référons à la théorie de la cession des créances[32].

C) L'acquéreur doit avoir ignoré lors du contrat la cause de l'éviction[33]. S'il l'a connue, il est sans recours[34]; il ne peut réclamer ni des dommages et intérêts, ni la restitution du prix. Celui qui stipule sciemment une chose appartenant à autrui ou grevée d'une hypothèque, la stipule telle quelle, à ses risques et périls; il stipule moins la chose elle-même que la chance de la garder et, dans la fixation du prix, il tient compte de la possibilité d'une éviction. En un mot il fait un contrat aléatoire, qui peut lui procurer un bénéfice ou lui faire éprouver une perte; il renonce tacitement à toute action

s'agirait alors de l'éviction d'un esclave vendu conjointement avec l'immeuble.

4° D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 3 « Si quis forte non de proprietate, sed de pos- « sessione nuda controversiam fecerit vel de usu fructu vel de usu vel de quo « alio jure, quod distractum est, palam est committi stipulationem.. „.

On applique les mots *vel de quo alio jure ejus, quod distractum est* aux servitudes prédiales passives, mais sans aucune nécessité. Ils peuvent désigner l'habitation, l'emphytéose, la superficie, etc.

5° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 1 § 1. Dans notre système, la déclaration du vendeur d'un fonds ' qu'il vend l'immeuble avec toutes les servitudes qui pourraient le grever ' est dépourvue d'objet. Si le vendeur est de mauvaise foi, la clause est nulle; s'il est de bonne foi, elle est inutile, puisque déjà de plein droit le vendeur est dispensé de la garantie des servitudes prédiales passives. Cependant, dit-on, le texte cité s'occupe de cette clause, ce qui serait inconciliable avec notre théorie. Mais le jurisconsulte ne se propose pas d'examiner *ex professo* la clause portant que le fonds est vendu avec les servitudes qui le grèvent. Son but exclusif est de déterminer la responsabilité du vendeur de mauvaise foi; à cette occasion il fait remarquer qu'un tel vendeur n'échappe pas à sa responsabilité par la déclaration dont il s'agit; celle-ci est elle-même viciée par le dol.

(27) C. 4, 39, *de H. v. A. V.*, L. 6. — (28) Arg. L. 6 cit.

(29) Arg. D. 50, 16, *de V. S.*, L. 28 pr. initio.

(30) D. *h. t.*, L. 51 pr. « Si per imprudentiam judicis aut errorem emptor rei « victus est, negamus auctoris damnum esse debere : aut quid refert, sordibus « judicis an stultitia res perierit? injuria enim, quae fit emptori, auctorem non « debet contingere »; C. *h. t.*, L. 8 i. f. — (31) Voyez encore § 389 et note 36.

(32) T. III, § 350, II.

(33) C. *h. t.*, L. 18, L. 27 i. f.; C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 7 initio.

(34) C. *h. t.*, L. 27 initio; C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 7 i. f.; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 16 § 1 i. f.

du chef d'éviction. On n'est pas admis à objecter que le stipulant a pu croire que le débiteur achèterait ou dégagerait la chose; si telle était son intention, il devait l'exprimer; en gardant le silence, alors qu'il connaissait le danger de l'éviction, il a renoncé à toute garantie. On n'est pas plus fondé à soutenir que l'auteur s'enrichit aux dépens de l'acquéreur; cet enrichissement est légitime, tout comme l'eût été celui de l'acquéreur s'il avait gardé la chose à vil prix; l'acquéreur n'a pas été trompé par son auteur, il a contracté en pleine connaissance de cause(35). Par application de ce principe, l'acquéreur est sans recours si la cause de l'éviction procède de son fait; dans ce cas, il a dû la connaître. Par exemple quelqu'un,

(35) 1° C. *h. t.*, L. 27 « Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit « Athenocles nec quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra « juris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc « reddi refragatur ».

D'après cette loi, si l'on a acheté sciemment un fonds appartenant à autrui ou hypothéqué et que l'on soit évincé par le propriétaire ou par le créancier hypothécaire, on ne peut pas réclamer du vendeur ce qu'on a payé de ce chef : *quod eo nomine dedit.* Ces mots désignent manifestement le prix de vente. On a prétendu que la constitution refusait seulement la restitution de ce que l'acheteur avait payé au propriétaire ou au créancier hypothécaire *au delà du prix de vente*, à l'effet de pouvoir conserver la chose. Mais, alors même qu'il s'agirait dans la loi de la dispense de restituer à l'acheteur ce qu'il a payé au propriétaire ou au créancier hypothécaire, cette dispense serait absolue; car les termes *quod eo nomine dedit* sont généraux et, immédiatement après, on permet à l'acheteur qui a ignoré la cause de l'éviction, de se faire rendre par le vendeur *hoc* (*quod eo nomine dedit*), ce qui comprend certainement le prix de vente.

2° C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 7 « Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt et hoc ad vos secundum « pactum divisionis nulla pignoris facta mentione pervenit, evictis partibus, « quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum constitit, « ex stipulatu, si intercessit, alioquin quanti interest praescriptis verbis contra « fratres agere potestis. Nam si fundi scientes obligationem dominium sus- « cepistis, tantum evictionis promissionem sollemnitate verborum vel pacto « promissam probantes eos conveniendi facultatem habetis ».

Aux termes de cette loi, si, en vertu d'un partage conventionnel, des communistes ont reçu dans leur lot un immeuble hypothéqué par d'autres communistes pour leurs parts indivises, alors qu'ils connaissaient cette hypothèque, ils sont *sans action* (*conveniendi facultatem*) contre les autres communistes du chef de l'éviction, à moins d'avoir stipulé la garantie.

En ce sens Vangerow, III, § 610, *Anm.* 5, Maynz, II, § 212 i. f., et Windscheid, II, § 391, 6. Contra Cujas, *Recit. in lib.* VIII C. *ad tit.* 44 *ad* L. 27, *Opera omnia* IX, col. 1979-1981, éd. de Prato. Mais celui qui achète sciemment une chose hypothéquée et paye la dette hypothécaire, soit directement, soit parce que le prix de vente de la chose a servi à ce payement, dispose dans tous les cas de l'action contraire de gestion d'affaires contre le débiteur qu'il a libéré. Voyez encore D. 30, *de leg. 1°*, L. 57 i. f. Exceptions : 1° C. 6, 43, *comm. de leg. et fideic.*, L. 3 § 4, 2° Nov. 7, c. 5.

après avoir concédé une hypothèque sur sa chose, la vend, puis la rachète de son cocontractant et est évincé par son propre créancier hypothécaire[36].

Mais que décider si l'acquéreur est évincé par sa faute? Pas de doute qu'il faille lui refuser tout recours, si c'est vraiment sa faute plutôt qu'un vice dans les droits de l'auteur qui est la cause de l'éviction, donc :

1° s'il a fait défaut au procès qui a amené son éviction[37], sauf si le droit de l'adversaire était évident et la défense inutile[38];

2° s'il n'a pas appelé son auteur en cause. Si l'acquéreur intente ou qu'on intente contre lui une action qui peut amener son éviction, il doit avoir soin d'appeler son auteur en cause; sinon rien ne prouve que l'éviction résulte d'un vice dans les droits de son auteur; il peut avoir succombé pour ne pas avoir connu toutes les preuves de son droit. A défaut de l'appel en cause, l'acquéreur n'est pas privé du recours en garantie; mais il doit établir que le jugement d'éviction est fondé, que les droits de son auteur étaient réellement vicieux[39]. L'appel en cause comprend deux éléments : la notification du procès à l'auteur (*litem denuntiare, auctorem laudare*)[40] et la sommation de prêter son assistance; cette assistance est désignée par l'expression *auctoritatem praestare*[41]. L'appel en cause doit avoir lieu en temps utile, c'est-à-dire à une époque où l'auteur peut encore défendre l'acquéreur[42]. S'il y a plusieurs auteurs ou plusieurs héritiers d'un auteur unique, tous doivent être appelés; en cas d'éviction, chacun n'est tenu que pour partie des dommages et intérêts; c'est seulement par la sommation faite à tous que l'acquéreur garantit son droit à la totalité des dommages et intérêts[43]. L'acquéreur est dispensé d'appeler son auteur en cause s'il en a été ainsi convenu[44] ou si l'appel est impossible à raison de circonstances relatives à l'auteur, spécialement s'il est absent[45], mais non par cela seul que l'auteur a eu connaissance du procès par une autre voie. L'appel en cause a pour but de sommer l'auteur de venir prendre la défense de l'acquéreur; il faut donc que celui-ci manifeste la volonté d'être

(36) D. *h. t.*, L. 20, L. 27, L. 28; Cic., *de offic.* III, 16 i. f.

(37) D. *h. t.*, L. 55 pr.; C. *h. t.*, L. 8 i. f.

(38) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 12.

(39) Cf. n° I i. f. du présent paragraphe. — (40) D. *h. t.*, L. 49, L. 63 § 1.

(41) D. *h. t.*, L. 74 § 2; C. *h. t.*, L. 21 § 1, L. 23 initio.

(42) D. *h. t.*, L. 29 § 2.

(43) D. *h. t.*, L. 62 § 1 initio; cf. le paragraphe suivant n° III, 2°. La caution de l'auteur n'a pas besoin d'être sommée, puisqu'elle n'est pas en état de défendre l'acquéreur; C. *h. t.*, L. 7. — (44) D. *h. t.*, L. 63 pr.

(45) D. *h. t.*, L. 55 § 1, L. 56 § 6.

défendu, sinon l'auteur peut supposer que l'acquéreur compte se défendre lui-même[46];

3° si l'auteur n'étant pas intervenu, l'acquéreur s'est mal défendu, par exemple en n'invoquant pas l'usucapion[47], ou bien s'il a négligé d'interjeter appel du jugement défavorable[48], à moins que le droit de l'adversaire ne fût évident[49].

Nos sources refusent encore le recours, en se basant sur une faute imputable à l'acquéreur évincé :

4° si, par sa négligence, il a perdu la possession de la chose et que l'usucapion ait été interrompue, tandis qu'il l'eût achevée sans la perte de la possession[50];

5° si, ayant cessé de posséder par suite de sa négligence, il a dû revendiquer et a perdu le procès, tandis que, s'il avait conservé la possession, il eût réussi comme défendeur à la revendication, son adversaire n'étant pas en état de prouver sa propriété[51];

6° si, après la perte de la possession, l'auteur lui a indiqué une action qui lui aurait permis de recouvrer la possession (un interdit possessoire ou l'action Publicienne), tandis qu'il a intenté une autre action dont il a été débouté[52].

Ces trois décisions ne se justifient pas. Dans aucun de ces cas, l'acquéreur n'a commis une faute; celle-ci est exclue par sa bonne foi; s'il est évincé, c'est à cause du droit vicieux de son auteur.

D) Le vice inhérent aux droits de l'auteur doit avoir été constaté par un jugement; seul le pouvoir judiciaire a qualité pour faire cette constatation[53]. En conséquence le recours est exclu :

1° si l'acquéreur a transigé avec son adversaire[54], si, ayant conclu un compromis avec lui, il a succombé devant l'arbitre[55] ou bien encore s'il a cédé purement et simplement la chose à son adversaire[56], à moins que le droit de ce dernier ne fût évident[57],

2° s'il a fait l'abandon de la chose, sans attendre la contestation judiciaire[58],

3° si, avant cette contestation, la chose a péri[59].

Pour que l'acquéreur puisse agir en garantie contre son auteur, il ne suffit pas qu'il soit engagé dans un procès qui pourrait amener

(46) Arg. D. *h. t.*, L. 74 § 2. — (47) C. *h. t.*, L. 19. Voyez encore D. *h. t.*, L. 63 § 2.
(48) Arg. D. *h. t.*, L. 63 § 1.
(49) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 12. Si l'auteur est intervenu dans le procès en première instance, c'est à lui qu'incombe le soin de l'appel; D. *h. t.*, L. 63 § 1. — (50) D. *h. t.*, L. 56 § 3, cf. L. 54 pr. — (51) D. *h. t.*, L. 29 § 1.
(52) D. *h. t.*, L. 66 pr. initio, cf. i. f. — (53) D. *h. t.*, L. 16 § 1; C. *h. t.*, L. 17.
(54) Arg. C. *h. t.*, L. 17, et D. *h. t.*, L. 56 § 1. — (55) L. 56 § 1 cit.
(56) Arg. C. *h. t.*, L. 17. — (57) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 12.
(58) D. *h. t.*, L. 76. — (59) C. *h. t.*, L. 26; D. *h. t.*, L. 21 pr. initio.

son éviction. Si un pareil procès est commencé ou sérieusement à craindre et que l'acquéreur n'ait pas encore exécuté son obligation réciproque, par exemple payé le prix de vente, il a seulement le droit de suspendre cette exécution jusqu'à la décision du procès [60]. C'est une mesure conservatoire vis-à-vis de son auteur; aussi ce dernier peut-il, en fournissant caution, exiger l'exécution immédiate de l'obligation réciproque [61].

E) L'acquéreur qui a succombé en justice à cause d'un vice dans les droits de son auteur, doit avoir été dépossédé de la chose en vertu du jugement [62]. S'il a succombé comme défendeur au procès, il doit avoir restitué la chose au demandeur victorieux [63], ou bien, ce qui revient au même, lui avoir payé l'estimation du litige (*aestimatio litis*), à laquelle il a été condamné faute de pouvoir restituer la chose en nature [64]. S'il a succombé comme demandeur, sa dépossession judiciaire résulte déjà du jugement d'absolution rendu en faveur du défendeur qui possédait la chose [65]. La règle s'applique à l'acheteur [66].

Bien que le recours en garantie du chef d'éviction soit surbordonné à la dépossession judiciaire de l'acquéreur, il arrive que celui-ci, sans avoir été dépossédé, puisse agir contre son auteur en vertu d'une cause autre que l'éviction, à savoir :

1° si le contrat imposait l'obligation de transférer la propriété de la chose et que la propriété n'ait pas été transférée. Ici l'acquéreur peut immédiatement agir par l'action contractuelle à l'effet d'obtenir la dation stipulée; le payement qu'il a reçu est nul et sa créance subsiste. Primus et Secundus conviennent de faire un échange; Primus fait sa dation, mais Secundus livre la chose d'autrui. Primus reste créancier de Secundus et conserve contre lui l'action *praescriptis verbis* [67]. Il en est autrement de la vente; celle-ci oblige seulement le vendeur à procurer la libre possession

(60) D. 18, 6, *de P. et C. R. V.*, L. 19 (18) § 1 initio; C. *h. t.*, L. 24.

(61) L. 19 § 1 cit. i. f., L. 24 cit. pr. i. f. — (62) D. *h. t.*, L. 57 pr.

(63) D. *h. t.*, L. 16 § 1 initio.

(64) D. *h. t.*, L. 16 § 1 « vel damnatus est litis aestimatione.. » (malgré ce texte la *litis aestimatio* doit avoir été *payée*), L. 21 § 2 i. f.

D. *h. t.*, L. 57 pr. " Habere licere rem videtur emptor et si is, qui emptorem " in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decès- " serit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint (par suite de la prescription " de quatre ans) neque privatim a creditoribus distrahi (parce que le surplus de " la succession suffit au payement des dettes héréditaires); tunc enim nulla com- " petit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet ".

(65) D. *h. t.*, L. 16 § 1 i. f. — (66) D. *h. t.*, L. 16 § 1, L. 57 pr.

(67) Arg. C. 4, 49, *de A. E. et V.*, L. 7, et D. 12, 4, *de cond. c. d. c. n. s.*, L. 16 i. f. Cf. D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1 § 1, et C. 8, 44 (45), *de evict.*, L. 29. Voyez T. IV, § 399, 3°, et Schilling, III, § 326, 2.

de la chose; il satisfait à cette obligation aussi longtemps que l'acheteur continue de posséder; il commence seulement à y manquer si l'acheteur est judiciairement dépossédé[68];

2° si l'auteur a connu au moment du contrat le vice de son droit. Dans l'espèce, il est immédiatement tenu à cause de son dol; c'est celui-ci et non l'éviction qui sert de base à la poursuite[69]. Aussi l'acquéreur ne perd-il pas cette action par la perte accidentelle de la chose[70];

3° si l'acquéreur conserve la chose à un autre titre qu'en vertu de la convention qui devait la lui procurer, par exemple s'il l'acquiert du véritable propriétaire, à titre onéreux[71] ou gratuit[72], s'il paye le créancier hypothécaire. Dans ces cas, il peut aussitôt agir en dommages et intérêts contre son auteur; celui-ci manque à son obligation de lui faire avoir la chose sur le fondement de la convention[73].

En ce qui concerne la preuve, l'acquéreur qui exerce son recours en garantie. doit établir les conditions de ce recours, telles qu'elles viennent d'être déterminées, donc la convention à titre onéreux, le vice inhérent aux droits de l'auteur, le jugement d'éviction et sa dépossession. On présume, jusqu'à preuve contraire, qu'il a ignoré lors du contrat la cause de l'éviction. Si l'acquéreur a appelé son auteur en garantie, il n'a pas besoin d'établir directement le vice inhérent aux droits de l'auteur; ce vice est constaté par le jugement d'éviction. Si l'auteur est intervenu au procès à la suite de l'appel de l'acquéreur, le jugement qui établit le vice de son droit a été en réalité rendu contre lui et, s'il n'a pas jugé convenable d'intervenir, son abstention ne doit pas nuire à l'acquéreur[74]. Dans le cas où celui-ci n'a pas appelé son auteur en garantie, il n'est pas privé de son recours; il se peut que le droit de son auteur n'en fût pas moins vicieux, et alors l'auteur doit répondre de l'éviction dont il a été la cause[75]. Mais ici l'acquéreur est tenu de prouver directement le vice du droit de l'auteur. Il ne lui suffit plus d'invoquer le jugement d'éviction; comme l'auteur n'est pas intervenu au procès et n'a pas même été sommé d'intervenir, il est

(68) D. *h. t.*, L. 57 pr.

(69) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 30 § 1. — (70) D. *h. t.*, L. 21 pr.

(71) D. *h. t.*, L. 29 pr. — (72) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 15.

(73) Cf. D. *h. t.*, L. 29 pr. i. f. — (74) Arg. C. *h. t.*, L. 23 i. f.

(75) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 12. *Non obstat* D. *h. t.*, L. 53 § 1. Ce texte refuse seulement le recours à l'acquéreur parce qu'il a succombé faute de connaître ses moyens de défense *(quoniam parum instructus esset)*; donc, s'il a succombé bien qu'il les ait connus et opposés, il doit conserver son recours. Contra Puchta, *Pand.*, § 362 et note p, *Vorles.* II, § 362, p. 204, dont l'opinion est isolée.

possible que l'acquéreur ait succombé pour ne pas avoir connu ses moyens de défense[76]. Il y a donc lieu de lui appliquer le principe d'après lequel tout demandeur doit directement établir le fondement de son action; ce fondement comprend le vice dans les droits de l'auteur[77].

II. Les règles qui viennent d'être exposées, peuvent être modifiées par les conventions des parties.

A) L'obligation de garantie du chef d'éviction peut être étendue soit aux conventions à titre gratuit[78], soit aux servitudes prédiales passives, notamment par la clause que le fonds est aliéné quitte et libre de toute servitude (*optimus maximusque*)[79], soit aux servitudes prédiales actives[80]. De même, l'acquéreur qui connait le vice inhérent aux droits de son auteur, peut stipuler la garantie[81]. En sens opposé, les parties sont libres de restreindre comme elles le jugent convenable[82] ou d'exclure complètement l'obligation de garantie[83], pourvu que l'auteur ignore le vice de son droit; s'il le connaît, la clause de non-garantie est nulle, parce qu'elle est immorale; elle tend à écarter la responsabilité du dol[84]. En la supposant faite de bonne foi, l'acquéreur évincé ne peut réclamer, ni des dommages et intérêts, ni la restitution du prix. Le premier point n'est pas douteux[85]; le second n'est pas moins conforme aux principes généraux du droit. L'acquéreur qui par une clause du contrat

(76) D. *h. t.*, L. 53 § 1 « quoniam parum instructus esset.. ».

(77) On a voulu décharger l'acquéreur de cette preuve et obliger l'auteur à établir que son droit n'avait pas le vice constaté par le jugement d'éviction. Si, dit-on, le défaut de sommation de la part de l'acquéreur atteste sa négligence, celle-ci n'a pas nécessairement causé la perte du procès; on en conclut que c'est à l'acquéreur qui invoque ce lien de causalité, d'en fournir la preuve. Mais, à l'action en garantie, il s'agit de savoir, non pas si l'acquéreur a causé la perte du procès en ne sommant pas son auteur d'intervenir, mais si l'auteur a satisfait à ses obligations, si ses droits sont vicieux; l'acquéreur l'affirme par son action, c'est à lui de le prouver. On peut ajouter que si la charge de la preuve incombait à l'auteur, sa position deviendrait plus défavorable par suite de la négligence de l'acquéreur. Généralement celui-ci est défendeur au procès qui amène son éviction et partant ne doit pas prouver son droit; si l'auteur était intervenu au procès, il n'aurait pas davantage supporté la charge de la preuve. Il est inadmissible que la négligence de l'acquéreur nuise à l'auteur.

En ce sens Gluck, XX, § 1124 i. f., Unterholzner, cité, I, § 145 et note h, et Arndts, § 303 et *Anm.* 4 initio. Cf. Keller, § 331, I, 3 i. f.

Contra Maynz, II, § 212, note 28, et Windsche d, II, § 391 et note 12.

(78) C. *h. t.*, L. 2.

(79) D. *h. t.*, L. 75. Cf. le n° I, B, 1°, *a*, du présent paragraphe.

(80) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 66 pr. i. f.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 6 § 6; D. *h. t.*, L. 10, L. 46 § 1, L. 75 i. f. — (81) C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 7 i. f.

(82) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 18 initio. — (83) L. 11 § 18 cit.

(84) L. 11 cit. § 15, 16 et 18 i. f. — (85) L. 11 cit. § 18.

renonce à la garantie, stipule la chose telle quelle, à ses risques et périls; il achète la chance de pouvoir garder le bien plutôt que le bien lui-même; aussi ne paye-t-il qu'un vil prix, il conclut un contrat aléatoire qui, d'après les circonstances, est de nature à lui rapporter un bénéfice ou à lui faire subir une perte. Comme la clause de non-garantie imprime au contrat un caractère aléatoire, on n'est pas admis à objecter que l'auteur qui garde le prix de la chose, le détient sans cause, qu'il s'enrichit injustement aux dépens de l'acquéreur, que les renonciations sont de stricte interprétation, ou bien encore que l'auteur, en déclinant la garantie, a seulement voulu éviter une perte. Toutes ces maximes sont sans application dans l'espèce. L'auteur détient le prix de la chose en vertu du contrat, lequel subsiste malgré l'éviction. L'enrichissement de l'auteur est légitime, comme l'eût été celui de l'acquéreur, s'il avait pu garder la chose. Quant à la renonciation de l'acquéreur, elle comprend le prix; en déclinant la garantie, l'auteur a voulu non pas se borner à éviter une perte, mais s'assurer d'une manière certaine le prix de son droit douteux(86).

(86) 1° D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 18. Ce passage d'Ulpien, qui est le siège de la controverse, se compose de trois parties. Dans la première (jusqu'aux mots *ex empto non tenebitur*), Ulpien énonce son opinion personnelle. Dans la seconde (depuis *Sed Julianus* jusqu'à *praestare necesse habebit*), il rapporte celle de Julien. Dans la troisième (depuis *sed in supra scriptis conventionibus* jusqu'à la fin du texte), il la combat.

Au commencement du passage, Ulpien se demande quel est l'effet précis d'une clause de garantie du chef d'éviction ajoutée à un contrat de vente (*habere licere vendidit*). Tout dépend de la teneur de la clause. Il se peut que le vendeur ait promis la garantie par rapport à une personne quelconque ou seulement pour lui et ses héritiers (*venientesque a se personas*). Dans la première hypothèse, dont Ulpien ne s'occupe pas d'une manière spéciale, parce qu'elle ne donne lieu à aucune difficulté, le vendeur est tenu quel que soit l'auteur de l'éviction. Quant à la promesse de garantie faite par le vendeur pour lui et pour ses héritiers, elle oblige sans doute le vendeur et ses héritiers à s'abstenir d'évincer l'acheteur; mais elle implique en même temps une clause tacite de non-garantie pour le cas où l'éviction proviendrait d'un tiers. Si, dit Ulpien, un tiers évince l'acheteur, le vendeur ne sera point tenu (*ex empto non tenebitur*). Cette décision est absolue; elle signifie que le vendeur ne doit pas restituer le prix de vente.

Dans la seconde partie du passage, Ulpien nous apprend que Julien était disposé à accorder à l'acheteur la répétition du prix, dans le cas de la clause tacite de non-garantie susdite, comme dans celui où le vendeur avait décliné expressément la garantie. Mais Julien exprimait cette opinion d'une manière dubitative (*posse defendi*); il se faisait à lui-même l'objection qu'on pouvait voir, dans la clause de non-garantie du chef d'éviction, une convention aléatoire obligeant l'acheteur à payer le prix de vente même s'il n'obtenait pas la chose vendue.

Dans la troisième partie du texte, Ulpien rejette cette doctrine de Julien,

B) Les conventions spéciales relatives aux limites de la garantie du chef d'éviction peuvent être de simples pactes, s'il s'agit d'un contrat de bonne foi[87]; à l'occasion d'un contrat de droit strict, la forme de la stipulation est nécessaire[88]. Mais les Romains n'employaient guère que la stipulation, même à l'occasion des contrats de bonne foi[89]. Comme la stipulation de garantie est de droit strict, il faut, dans son interprétation, s'attacher aux termes du contrat et au sens littéral de ces termes, plutôt qu'à la volonté

en se référant à sa propre décision énoncée dans la première partie (*sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*). Il admet seulement cette autre opinion de Julien, que la clause de non-garantie faite de mauvaise foi ne dégage en rien le vendeur de sa responsabilité; cette opinion il l'avait déjà rapportée et approuvée au § 15 de la même loi (*nisi forte sciens alienum vendit : tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit*). On a prétendu que, par les mots *sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*, Ulpien aurait seulement voulu protester contre le caractère aléatoire que, d'après Julien, on aurait pu attribuer à la vente avec clause de non-garantie du chef d'éviction. Mais Ulpien repousse la doctrine même de Julien. Cela résulte d'abord des mots " *Sed Julianus* „, par lesquels, au commencemeent de la seconde partie du texte, il oppose à son opinion celle de Julien. Cela résulte encore de l'antithèse qu'à la fin du texte Ulpien établit entre le vendeur de bonne foi et le vendeur de mauvaise foi. Ce dernier est tenu, dit Ulpien; on doit suivre l'opinion de Julien (*nisi forte sciens alienum vendit : tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit*). Donc, à cause de l'antithèse, si le vendeur est de bonne foi, il n'est pas obligé et l'on doit rejeter l'opinion de Julien.

2° D. 18, 4, *de H. v. A. V.*, L. 10 " Quod si in venditione hereditatis id actum " est, si quid juris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri : " quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, NIHIL *tamen eo praestabitur*, " quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotia- " tionis, ita periculum ad emptorem pertineret „, L. 11 " Nam hoc modo " admittitur esse venditionem ' si qua sit hereditas, est tibi empta ', et quasi spes " hereditatis : ipsum enim iucertum rei veneat, ut in retibus „.

Cette décision précise doit être étendue par analogie à notre espèce; le motif est identique.

Nous nous abstenons d'invoquer le D. *h. t.*, L. 68 pr.; car, même en l'absence d'une clause de non-garantie, le créancier hypothécaire qui a vendu la chose hypothéquée, n'est pas obligé de restituer le prix à l'acheteur évincé; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 16.

Voyez en ce sens GLÜCK, XX, § 1121, p. 300-330, UNTERHOLZNER, cité, I, § 145 et note m, THIBAUT, I, § 422, b, et BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, § 189, SCHILLING, III, § 297 et note tt, SINTENIS, II, § 116 et note 201, VANGEROW, III, § 610, *Anm.* 4, MAYNZ, II, § 212, note 50, NAMUR, II, § 263, 1, et BRINZ, II (1), § 280 i. f.. Cf. ARNDTS, § 303, *Anm.* 6, et WINDSCHEID, II, § 391, note 38.

Contra MÜHLENBRUCH, II. § 379 i. f., MOLITOR, cité, I, nos 464-465, et PUCHTA, *Pand.*, § 362, note s, *Vorles.* II, § 362, p. 205.

(87) C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 7 i. f. — (88) C. *h. t.*, L. 2.

(89) Arg. rubrique D. 21, 2, *de evictionibus et duplae stipulatione.*

des parties, laquelle directement n'est pas prise en considération[90]. Donc, si la garantie a été stipulée d'une manière générale pour le cas d'éviction de la chose, l'acquéreur peut seulement se prévaloir de la stipulation et intenter l'*actio ex stipulatu* s'il a subi une éviction totale et judiciaire :

1° L'éviction doit être totale. Il y a lieu à l'*actio ex stipulatu* si l'acquéreur a été évincé par le propriétaire de la chose elle-même[91], s'il lui a payé l'estimation du litige[92], ou bien s'il a dû reconnaître sur la chose des droits réels qui, comme l'hypothèque[93], l'emphytéose, la superficie, l'usufruit[94], l'habitation et parfois aussi l'usage, absorbent toute l'utilité de la chose. Mais l'*actio ex stipulatu* n'est pas ouverte si l'acquéreur est seulement évincé, soit d'une partie divise ou indivise de la chose[95], soit d'une servitude prédiale[96], soit d'un accessoire de la chose[97].

2° L'éviction doit être judiciaire. L'acquéreur ne peut recourir à l'*actio ex stipulatu* si l'acquéreur conserve la chose à un autre titre qu'en vertu du contrat dont il s'agit[98].

Pour que la stipulation de garantie s'applique à des cas non compris dans la stipulation générale, ces cas doivent être prévus d'une manière spéciale[99], sinon l'acquéreur peut seulement invoquer la garantie légale telle qu'elle dérive de la nature du contrat principal[100].

§ 388. EFFETS DE LA GARANTIE DU CHEF D'ÉVICTION.

I. En principe, l'acquéreur évincé a droit à la réparation de tout le dommage que lui cause l'éviction ; l'auteur a manqué à son obligation par sa faute et cette inexécution coupable de son obligation donne lieu, ici comme ailleurs, à des dommages et intérêts[1].

(90) Cf. § 382*a*, 2°. — (91) D. *h. t.*, L. 16 § 1.

(92) L. 16 § 1 cit. " vel damnatus est litis aestimatione.. „.

(93) D. *h. t.*, L. 34 § 2.

(94) D. *h. t.*, L. 62 § 2, et arg. L. 43 " quia nec ipsa nec usus fructus evincitur.. „, *Non obstat* D. *h. t.*, L. 49 ; cette loi oblige l'acheteur à appeler le vendeur en cause s'il est menacé de l'éviction d'un usufruit, comme dans le cas où l'on revendique contre lui une partie de la chose achetée ; cette comparaison établie à un point de vue spécial n'est pas une assimilation générale.

(95) D. *h. t.*, L. 56 § 2, L. 36. — (96) Arg. des mêmes passages.

(97) D. *h. t.*, L. 42, L. 43. D'après ces lois, la stipulation de garantie ne s'applique pas à l'éviction, soit d'un enfant de la femme esclave vendue, soit d'un veau de la vache vendue. Cette éviction de l'enfant ou du veau est possible indépendamment de celle de la femme esclave ou de la vache si, après la vente et avant la tradition, le vendeur a aliéné ou hypothéqué l'enfant ou le veau au profit d'un tiers. — (98) D. *h. t.*, L. 41 § 1.

(99) D. *h. t.*, L. 56 § 2. — (100) D. *h. t.*, L. 41 § 1 i. f.

(1) C. *h. t.*, L. 9, v^is Sin autem..... quanti tua interest, L. 23 i. f. ; D. *h. t.*, L. 60, L. 70.

Pour l'application de la règle, il faut considérer séparément l'éviction totale, l'éviction d'une partie de la chose et celle d'un droit réel.

A) L'acquéreur a été évincé de la chose entière. 1° Il peut réclamer avant tout la valeur qu'avait la chose au moment de l'éviction. C'est de cette valeur qu'il a été privé par l'éviction; c'est elle qui constitue le montant du dommage subi. La lésion ne consiste pas dans la privation du prix payé pour l'acquisition de la chose, ni dans la valeur de la chose à l'époque du contrat. Donc, si la chose a diminué de valeur depuis le contrat, cette diminution profite à l'auteur(2) et l'augmentation de valeur de la chose entraîne une majoration des dommages et intérêts(3). Toutefois, l'acquéreur peut seulement réclamer une indemnité pour les améliorations apportées à la chose s'il lui a été impossible de se faire indemniser par le tiers qui l'a évincé; s'il a négligé de le faire, il subit un dommage par sa faute et l'auteur n'est pas tenu de le réparer, à moins qu'il n'ait connu lors du contrat le vice de son droit(4). En aucun cas, les dommages et intérêts ne peuvent dépasser la double valeur de la chose à l'époque du contrat(5). Du Moulin(6) et Pothier(7) enseignaient que, dans le cas d'une diminution de valeur de la chose vendue, l'acheteur était toujours libre de répéter le prix de vente par une *condictio sine causa*, parce que le vendeur, après l'éviction de la chose, aurait détenu le prix sans cause. Mais la cause de l'obligation de payer le prix c'est le contrat de vente; cette cause subsiste malgré l'éviction; celle-ci n'autorise pas l'acheteur à faire rescinder la vente pour inexécution des obligations du vendeur, mais seulement à demander des dommages et intérêts, donc la valeur de la chose au moment de l'éviction(8).

2° Indépendamment de cette indemnité principale, l'acquéreur peut se faire rembourser le coût du contrat, les frais d'enlèvement de la chose, les frais du procès qui a amené l'éviction, les fruits qu'il a dû restituer à l'auteur de l'éviction, etc.(9).

(2) D. *h. t.*, L. 60 i. f.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 45 pr. i. f. — D. *h. t.*, L. 66 § 3.

(3) D. 19, 1, *de A E. V.*, L. 43, vis De sumptibus vero. ..... servum non evinci. D. *h. t.*, L. 66 § 3. — (4) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 45 § 1.

(5) D. *eod.*, L. 43, vis Plane si....., L. 44, L. 45 pr. initio. A l'époque classique, cette règle était propre à l'obligation de payer les dommages et intérêts pour cause d'éviction de la chose vendue. Depuis Justinien, c'est l'application d'un principe général sur les dommages et intérêts dus pour l'inexécution d'une obligation quelconque; C. 7, 47, *de sent.*, *quae pro eo quod interest profer.*, L. un. Cf. T. III, § 298, III. — (6) *De eo quod interest*, nos 69 i. f. et 83.

(7) *Traité du contrat de vente*, nos 69 et 118.

(8) Les auteurs modernes sont d'accord sur ce point. Voyez Molitor, cité, I, no 484, Maynz, II, § 212, p. 218, et Windscheid, II, § 391, note 33.

(9) D. *h. t.*, L. 8.

B) L'acquéreur a été évincé d'une partie de la chose. Il a droit d'une manière principale à la valeur qu'avait, lors de l'éviction, la partie divise ou indivise évincée. La valeur de la partie divise dépend de sa bonté[10], celle de la partie indivise de sa quotité, c'est-à-dire qu'elle consiste dans la quote-part correspondante de la valeur de la chose entière[11]. L'acquéreur peut aussi obtenir une indemnité du chef d'une dépréciation de la partie restante de la chose et pour les autres pertes que l'éviction lui a causées.

C) L'acquéreur a été évincé d'un droit réel. Il peut réclamer la moins-value résultant pour la chose de l'existence du droit réel[12] et tous autres dommages et intérêts. Dans le cas particulier de l'hypothèque, l'éviction dépouille de la chose entière, sauf que l'acquéreur évincé garde ce qui peut rester du prix de vente après que le créancier hypothécaire s'est payé.

II. Les parties sont libres de déroger à ces règles, en convenant d'une somme fixe pour le cas d'éviction; la détermination de cette somme dépend également des contractants[13]. Dans les ventes de quelque importance, il était d'usage à Rome de se faire promettre le double du prix de vente[14]; c'était la *stipulatio duplae* (*id est duplae aestimationis, dupli pretii*)[15]. A cause de sa fréquence, on finit par admettre qu'elle était de la nature de la vente; si elle avait été omise, on permettait à l'acheteur de l'exiger par l'*actio empti*[16], pourvu que le contrat eût une certaine importance[17]. Le vendeur qui refusait de fournir la *stipulatio duplae*, était immédiatement condamné au payement du double du prix[18]. Une fois fournie, la *stipulatio duplae* autorisait l'auteur évincé plus tard à poursuivre par l'*actio ex stipulatu* le payement du double du prix[19]. Les conventions de garantie produisent, selon les circon-

(10) D. *h. t.*, L. 1 i. f. — (11) L. 1 cit. initio.

(12) D. *h. t.*, L. 15 § 1; D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 61.

(13) D. *h. t.*, L. 52, L. 56 pr., L. 74 pr.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 102.

(14) Arg. D. *h. t.*, rubrique, et L. 37 pr. et § 1. Pour l'échange voyez T. IV, § 399, note 23. — (15) D. *h. t.*, rubrique.

(16) D. *h. t.*, L. 37 pr., cbn. avec D. 21, 1, *de aedil. ed.*, L. 31 § 20.

(17) D. *h. t.*, L. 37 § 1. — (18) D. *h. t.*, L. 2.

(19) Cette promesse du double du prix de vente était déjà obligatoire dans l'ancienne mancipation; elle constituait alors la *satisdatio secundum mancipium* (Cic., *ad Att.* V, 1, § 2; *de offic.*, III, 16. Lenel, *Edictum perpetuum*, § 290, 2) et son exécution était poursuivie par l'*actio auctoritatis* (Paul, II, 17, § 3, cf. § 1), qui était perpétuelle; cf. Lenel, cité, § 290, 1, Girard, *Nouvelle revue historique* VI, p. 180-218, *Manuel*, p. 553-556, Pernice, *Labeo* III, p. 115-120, et Rabel, cité, p. 1-163. Mais, comme l'acheteur perdait son recours en garantie s'il avait négligé d'usucaper la chose (paragraphe précédent n° I, C, 4°), le préteur accordait dans ce cas au vendeur l'*exceptio Italici contractus* contre l'action en payement du double du prix de vente; cf. Lenel, cité, § 273. Cette exception était donc subordonnée à l'expira-

stances, l'action naissant du contrat de bonne foi ou l'*actio ex stipulatu*[20]. Pour déterminer les effets précis de la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction ; il faut considérer l'éviction totale, l'éviction d'une partie indivise, celle d'une partie divise et celle d'un droit réel.

A) L'acquéreur est évincé de la chose entière. Il a indistinctement droit à toute la somme convenue et à cette somme seulement. La valeur de la chose lors de l'éviction est indifférente; l'augmentation de valeur qu'elle a éprouvée depuis le contrat, ne justifie pas la demande d'une somme plus élevée et une diminution de valeur ne dispense pas l'auteur du payement intégral de la somme convenue. Le contrat fait la loi des parties; l'auteur n'a pas promis d'indemniser l'acquéreur qui serait évincé, mais de lui payer une somme déterminée; celle-ci est due d'une manière absolue, abstraction faite du dommage résultant de l'éviction[21].

B) L'acquéreur est évincé d'une partie indivise de la chose. Il peut, dans tous les cas, réclamer la quote-part correspondante de la somme convenue et cette quote-part seulement. Ici encore il n'y a pas lieu de s'enquérir de la valeur actuelle de la chose, des augmentations ou diminutions de prix qu'elle a éprouvées depuis le contrat. En promettant une somme fixe pour l'éventualité de l'éviction,

tion du délai de l'usucapion (un ou deux ans, quoiqu'on l'appelât communément *annalis exceptio Italici contractus;* quelques juristes romains exigeaient même dans certains cas cinq ou dix ans; C. 7, 40, *de ann. except. Ital. contr. toll.*, L. 1 § 1*a* (pr.), cbn. avec C. 3, 34, *de servit.*, L. 14 pr.). Justinien l'abolit en même temps que l'ancienne usucapion à laquelle elle était liée; C. 7, 40, *de ann. except.*, L. 1 § 1*a* (pr. i. f.). En droit nouveau, l'acheteur a droit au payement du double du prix de vente en vertu de la *stipulatio duplae*, s'il n'a pas négligé d'usucaper par trois, dix ou vingt ans. Cf. RUDORFF, *zu* PUCHTA's *Instit.* II, § 238, note *q*, § 240, note *i*, et MAYNZ, II, § 212, note 1. Malgré de savantes recherches, bien des doutes subsistent en cette matière.

L'acheteur qui, par erreur, a stipulé le simple au lieu du double, s'il découvre son erreur avant l'éviction, peut réclamer par l'*actio empti* une stipulation supplémentaire du simple (D. *h. t.*, L. 37 § 1 i. f.); s'il s'aperçoit seulement de son erreur après l'éviction, la même action lui sert à obtenir directement le simple supplémentaire; L. 37 § 1 cit. initio. POTHIER, *Pand. Justin.* 19, 1, n° 54, notes *d* et *e*. — (20) Cf. C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 7 i. f., et C. *h. t.*, L. 2.

(21) D. *h. t.*, L. 64 pr., PAPINIEN, « Si totus fundus quem flumen deminuerat « evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria « fundus aut servus traditus deterior factus sit : nam et e contrario non augetur « quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta ».

« Si tout le fonds de terre que le fleuve avait réduit, a été évincé, l'obligation « du chef de l'éviction ne subira aucune diminution, pas plus que si le fonds ou « l'esclave livré a subi une dépréciation par la négligence de l'acheteur, et à « juste titre; car, en sens contraire, la somme à payer à cause de l'éviction ne « sera pas majorée si la chose a été améliorée ».

l'auteur s'est naturellement engagé à payer à l'acquéreur évincé d'une quote-part de la chose la quotité correspondante de la somme convenue. Pour s'en convaincre davantage, il suffit de supposer que l'acquéreur soit frappé successivement de deux évictions de parts indivises ayant pour résultat de le dépouiller de la chose entière. Par application de la règle susdite à chacune de ces évictions partielles, l'acquéreur obtiendra en deux fois la totalité de la somme stipulée, comme s'il avait été évincé en une fois de toute la chose, ce qui est conforme à la raison. Ainsi :

1° Quelqu'un vend un fonds de terre de 1000 arpents, dont un cinquième indivis appartient à un tiers. Par suite d'une avulsion, le fonds est réduit à 800 arpents. Après quoi, le tiers propriétaire du cinquième indivis le revendique avec succès, ce qui lui donne après partage 160 arpents. L'acheteur a droit au cinquième de la somme convenue, parce qu'il a été évincé de la même quote-part de l'immeuble ; la diminution de celui-ci est sans influence sur l'obligation du vendeur(22).

(22) D. *h. t.*, L. 64 pr., Papinien, " Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen " abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte " quinta, non quarta praestabitur : nam quod perit, damnum emptori, non ven- " ditori attulit.... „

" Le fleuve enleva deux cents des mille arpents livrés à un acheteur. Si plus " tard un cinquième indivis, correspondant à deux cents autres arpents de " l'ancien fonds, est évincé, la stipulation du double devra être exécutée pour " un cinquième et non pour un quart ; en effet la perte des deux cents arpents " enlevés par le fleuve a nui à l'acheteur et non au vendeur „.

Nous avons reproduit ci-dessus l'espèce de ce passage. Comme Papinien applique la stipulation du double à une éviction partielle, on doit supposer que cette dernière avait été spécialement prévue dans la stipulation. Nous admettons que Papinien s'occupe de l'éviction d'un *cinquième* indivis. Celui-ci équivalait originairement à 200 arpents ; de là les mots *pro indiviso ducenta.* Mais le jour de l'éviction, par suite de la diminution du fonds, le cinquième indivis ne représentait plus que 160 arpents.

On a donné une explication différente. On a soutenu que l'éviction subie par l'acheteur était d'un *quart* indivis ; elle aurait donc enlevé à l'acheteur 200 arpents après la diminution de l'immeuble. La décision serait que l'acheteur n'a droit qu'au cinquième de la somme convenue, parce qu'il a seulement été évincé d'un cinquième du fonds tel qu'il était au moment de la vente. Cette interprétation conduit à une conséquence déraisonnable : si le même acheteur venait à être évincé plus tard des trois quarts indivis restants du fonds, il recevrait de ce chef seulement les trois cinquièmes de la somme convenue, donc au total seulement les quatre cinquièmes de cette somme (1/5 + 3/5). Cependant il a été évincé en deux fois de tout l'immeuble et, s'il l'avait été en une fois, il aurait reçu la totalité de la somme stipulée. Aussi résulte-t-il clairement de l'ensemble de la loi 64 que Papinien a en vue l'éviction d'un *cinquième* indivis. Dans les § 1 et 2 de la loi, il parle en termes exprès d'une pareille éviction *(pro indiviso pars quinta,... pro indiviso quinta pars)* et il établit une corrélation entre le § 2 et le principium ; le § 2 porte *Dixi consequens esse*

2° Le même fonds — d'une contenance de 1000 arpents et appartenant à un tiers pour un cinquième indivis — est par suite d'une alluvion porté à une contenance de 1200 arpents et le tiers ayant revendiqué obtient un cinquième indivis correspondant à 240 arpents. Le vendeur doit encore payer à l'acheteur le cinquième de la somme convenue, car telle est la quote-part évincée. On n'a pas plus égard à l'augmentation du fonds qu'à sa diminution dans l'espèce précédente(23).

3° Le même fonds perd d'un côté 200 arpents par avulsion et en gagne de l'autre 200 par alluvion, conservant sa contenance primitive de 1000 arpents. Le tiers propriétaire du cinquième indivis évince l'équivalent de 200 arpents. L'acheteur a toujours droit au cinquième de la somme convenue; la diminution et l'augmentation subies par l'immeuble sont aussi indifférentes que la seule diminution dans le premier exemple et la seule augmentation dans le second(24).

superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum neque quarta debeatur; il se réfère ainsi aux mots *duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur* du principium. Cette corrélation n'aurait pu être établie si les deux passages s'appliquaient à des évictions partielles différentes.

Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 610, *Anm.* 1, n° II, 1. Contra MOLITOR, cité, I, n° 481.

(23) D. *h. t.*, L. 64 § 1 " Quod si modo terrae integro qui fuerat traditus ducenta " jugera per alluvionem accesserunt ac postea pro indiviso pars quinta totius " evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille " jugeribus quae tradita sunt fuissent evicta, quia alluvionis periculum non " praestat venditor „.

" Mais si à toute la superficie du fonds livrée à l'acheteur deux cents arpents " se sont ajoutés par alluvion, et que plus tard un cinquième indivis de l'ensemble " ait été évincé, le cinquième du double stipulé sera presté, comme si seulement " deux cents des mille arpents livrés avaient été évincés; car le vendeur ne " supporte pas le risque de l'alluvion „.

(24) D. *h. t.*, L. 64 § 2 " Quaesitum est, si mille jugeribus traditis perissent " ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset ac postea pro " indiviso quinta pars evicta esset : pro qua parte auctor teneretur. Dixi conse- " quens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum neque quarta " debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis " illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta : nam reliqua quadraginta, " quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intellegi „.

" On demande pour quelle part l'auteur est tenu si deux cents des mille arpents " livrés ont péri, que bientôt une alluvion ait ajouté deux cents arpents à " une autre partie de l'immeuble et que plus tard un cinquième indivis de " celui-ci ait été évincé. J'ai dit qu'il était conforme aux décisions précédentes " que, du chef de l'éviction, la garantie ne fût due ni pour le cinquième, ni pour " le quart des mille arpents, mais que l'auteur fût tenu comme si seulement cent " soixante des huit cents arpents restants avaient été évincés; car les quarante " autres qui ont été retranchés de l'ensemble du fonds par suite de l'éviction, " constituent la part du tiers copropriétaire dans le terrain d'alluvion „.

Papinien raisonne comme suit. Un fonds de 1000 arpents ayant été vendu

C) L'acquéreur a été évincé d'une partie divise de la chose. Il peut réclamer, sur la somme convenue, la portion qui correspond à la valeur de la partie évincée comparativement à la valeur de la chose entière. Si un fonds d'une contenance de 1000 arpents a été vendu et que l'acheteur soit évincé d'une parcelle de 200 arpents, il a droit à un cinquième, à un sixième ou à un quart de la somme convenue, selon que la parcelle évincée représente un cinquième, un sixième ou un quart de la valeur de tout l'immeuble; on a égard à la bonne ou à la mauvaise qualité des arpents évincés(25). L'estimation de la partie évincée et de la chose entière doit se faire eu égard à l'époque du contrat; on fait abstraction des changements subséquents de valeur. Les contractants, en convenant d'une somme fixe pour le cas d'éviction, ont voulu que chaque partie de la chose fût garantie par cette somme d'après sa valeur au moment du contrat. Quelqu'un vend un fonds de terre de 1000 arpents, tous d'une valeur égale, dont 200 appartiennent à autrui; une avulsion en enlève 200 autres; après quoi, le tiers évince les 200 arpents constituant sa propriété. Du chef de cette éviction, l'acheteur obtiendra seulement un cinquième et non un quart de la somme convenue(26). Par dérogation à la règle, si une chose a été promise à

avait perdu 200 arpents par une avulsion et en avait gagné d'un autre côté 200 par une alluvion; le tiers copropriétaire pour 1/5 avait évincé : 1° 1/5 des 800 arpents restants du fonds vendu, soit 160 arpents, 2° 1/5 des 200 arpents d'alluvion, soit 40 arpents. Au point de vue du recours de l'acheteur contre le vendeur, l'éviction des 40 arpents d'alluvion ne doit pas être prise en considération; car l'alluvion n'était pas comprise dans la vente; L. 64 § 1 cit. Le recours de l'acheteur a pour unique fondement l'éviction des 160 arpents sur les 800 restants du fonds vendu; il obtiendra de ce chef 1/5 de la somme convenue.

(25) D. *h. t.*, L. 64 § 3 « Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, « tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro « bonitate regionis praestatur evictio ».

« Au reste, si une partie divise du fonds est évincée, bien qu'un nombre « déterminé d'arpents ait été livré (avec garantie de ce nombre), l'obligation du « chef d'éviction n'incombe pas cependant au vendeur à raison de la contenance « de la parcelle évincée, mais à raison de sa bonté ».

(26) D. *h. t.*, L. 13, Paulus *libro quinto ad Sabinum*, « Bonitatis aestimationem « faciendam, cum pars evincitur, Proculus recte putabat, quae fuisset vendi- « tionis tempore, non cum evinceretur : » L. 14, Ulpianus, « non in dimidiam « quantitatem pretii »; cf. L. 15 pr., Paulus *libro quinto ad Sabinum*, « sed si quid « postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum ».

Cette dernière décision, empruntée au même livre cinq *ad Sabinum* de Paul que la loi 13, s'explique seulement si on la rapporte à une vente faite *sans* détermination d'une somme fixe pour le cas d'éviction.

Quid si plus tard les 600 arpents restants sont évincés? En appliquant le même principe à cette seconde éviction, l'acheteur obtiendrait les trois cinquièmes de la somme convenue, donc au total, pour les deux évictions, seulement les quatre

tant l'unité de nombre, de poids ou de mesure, et qu'on ait fixé de la même manière la somme à payer pour le cas d'éviction, le montant du recours de l'acquéreur évincé se détermine d'après l'étendue et non d'après la qualité de la partie évincée. Un fonds de terre de 1000 arpents a été vendu à 100 as l'arpent, avec la promesse de payer 200 as par arpent à l'acheteur évincé. L'acheteur évincé d'une parcelle divise de 200 arpents a droit invariablement à 200 fois 200 as, soit à 40000 as; c'est ce qu'il a stipulé[27].

D) L'acquéreur a été évincé d'un droit réel. Ici encore il obtient une partie de la somme convenue, eu égard à la proportion qui existait, lors du contrat, entre la moins-value résultant du droit réel et la valeur de la chose entière. Donc, si le droit réel donne lieu à une dépréciation d'un dixième, d'un cinquième ou de la moitié, l'auteur doit payer la même quotité de la somme promise[28].

III. L'obligation de garantie du chef d'éviction est-elle divisible ou indivisible? On peut l'envisager à un double point de vue : comme obligation de défendre l'acquéreur dans le procès en éviction[29] et comme obligation de lui payer après l'éviction des dommages et intérêts ou la somme convenue[30].

1° Considérée comme obligation de défendre l'acquéreur contre l'éviction, l'obligation de garantie est indivisible. La défense est un fait matériel dont l'esprit ne comprend pas la division; une défense partielle est un non-sens; on n'a vraiment défendu quelqu'un que si on l'a défendu pour le tout[31]. D'après cela, s'il y a deux auteurs ou deux héritiers d'un auteur unique, chacun doit défendre l'acquéreur pour le tout contre l'éviction; si l'un fait défaut et que l'autre empêche seulement l'éviction d'une partie de la chose, les deux manquent à leur obligation[32].

2° Par contre, l'obligation de garantie du chef d'éviction est divisible en tant qu'elle a pour objet de payer, après l'éviction consommée, des dommages et intérêts ou la somme convenue; rien n'est plus divisible qu'une dette d'argent. S'il y a plusieurs auteurs

cinquièmes de la somme convenue, tandis qu'il eût obtenu l'intégralité de cette somme si les 800 arpents avaient été évincés en une fois. Ce résultat n'est guère satisfaisant; il semble que l'acheteur évincé la seconde fois de la partie restante du fonds, doive aussi avoir droit au reliquat de la somme convenue. Les lois romaines sont muettes sur la question.

(27) D. *h. t.*, L. 53 pr. « Si fundo tradito pars evincatur, si singula jugera « venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint « quae evicta fuerint, praestandum, etiam si ea quae meliora fuerint evicta sint ».

(28) Arg. D. *h. t.*, L. 64 § 3, L. 13. — (29) Cf. le paragraphe précédent n° I, C, 2°.

(30) Cf. les n^os I et II du présent paragraphe.

(31) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 139 « in solidum defendenda est venditio, cujus « indivisa natura est... ». — (32) D. *eod.*, L. 85 § 5, L. 139.

ou plusieurs héritiers d'un auteur unique, soit qu'aucun d'eux n'ait défendu l'acquéreur d'une manière quelconque, soit que l'un d'eux seulement ait défendu l'acquéreur contre l'éviction d'une partie de la chose, chacun est tenu pour sa part et portion, individuelle ou héréditaire, des dommages et intérêts ou de la somme convenue(33). Cette règle est applicable même au cas où l'acquéreur a été évincé par un créancier hypothécaire; chaque auteur ou héritier de l'auteur n'est soumis de ce chef qu'à un recours partiel. L'indivisibilité de l'hypothèque est étrangère à la question; il en résulte seulement que, malgré le payement partiel de la dette hypothécaire, le créancier peut vendre la chose entière, sauf à se borner à retenir sur le prix de vente le restant de sa créance(34).

(33) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 85 § 5 « In solidum vero agi oportet et partis solutio « adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus : nam auctoris heredes « in solidum denuntiandi sunt omnesque debent subsistere et quolibet defu- « giente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praestatio « injungitur », L. 139.

(34) En ce qui concerne l'auteur ou l'héritier de l'auteur qui a payé sa part de la dette hypothécaire et qui néanmoins doit contribuer à payer à l'acquéreur évincé des dommages et intérêts ou la somme convenue, il exercera son recours contre les autres auteurs ou héritiers, soit par l'*actio familiae erciscundae* s'il s'agit de cohéritiers encore indivis, soit par une action *in factum* s'il s'agit de cohéritiers qui ont déjà partagé ou bien de plusieurs auteurs.

D. *h. t.*, L. 65, Papinien, « Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendi- « derunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt : cum alter « pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit : quaerebatur an uterque « heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam. « Nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui « pecuniam creditori dedit praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur. « Sed familiae erciscundae judicium eo nomine utile est : nam quid interest, unus « ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? « cum coheredis neglegentia damnosa non debet esse alteri ».

Un débiteur consent une hypothèque sur l'un de ses biens. A son décès il laisse deux héritiers, que nous appellerons Primus et Secundus. Ceux-ci par le même contrat vendent le bien hypothéqué, chacun en proportion de sa part héréditaire, sans solidarité, et ils s'engagent à garantir l'acheteur contre l'éviction, encore chacun en proportion de sa part dans la dette hypothécaire. Secundus reste en défaut de payer la sienne. *Quid* des rapports :

1° entre le créancier hypothécaire et l'acheteur de la chose hypothéquée,

2° entre l'acheteur et les deux vendeurs,

3° entre les deux vendeurs?

1° *Rapports entre le créancier hypothécaire et l'acheteur de la chose hypothéquée.* Le créancier hypothécaire payé seulement en partie peut évincer l'acheteur pour le tout, à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque.

2° *Rapports entre l'acheteur et les deux vendeurs.* L'acheteur évincé a un recours en garantie contre les deux vendeurs, même contre Primus qui a payé sa part dans la dette hypothécaire; car l'un et l'autre ont manqué à leur obligation de défendre l'acheteur contre l'éviction. Papinien donne comme motif l'indivisi-

F) *De la garantie du chef des vices de la chose et des qualités promises.*

D. 21, 1, *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris.*
C. 4, 58, *de aediliciis actionibus.*

NEUSTETEL, dans NEUSTETEL et ZIMMERN, *Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wisschenschaft und Ausübung* I, p. 155-254, Heidelberg, 1821.

UNTERHOLZNER, *Civil Archiv* VI (1823), p. 60-110.

MEISSNER, *Edicti Aedilicii praecepta quatenus ultra ipsa Edicti verba locum habeant*, Leipzig, 1862.

HANAUSEK, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts*, 2 vol., Berlin, 1883-1887.

§ 389. CONDITIONS DE LA GARANTIE.

I. Le recours en garantie du chef des vices de la chose exige les conditions suivantes :

A) En ce qui concerne les conventions auxquelles il s'applique, il y a lieu de séparer le système du droit civil et celui des édiles curules.

1° D'après le droit civil, la garantie des vices suppose une convention à titre onéreux; elle s'applique à la vente(1), à l'échange(2), au louage de choses(3), à la société, au partage conventionnel, à la

bilité de l'hypothèque; l'unique effet de cette indivisibilité c'est plutôt l'éviction totale. Mais chacun sera seulement tenu de payer la somme convenue pour le cas d'éviction en proportion de sa part héréditaire, d'après les termes mêmes de l'engagement (pro partibus hereditariis).

3° *Rapports entre les deux vendeurs.* Entre les deux vendeurs se présentait la question suivante : comme Primus a payé à la fois sa part dans la dette hypothécaire et sa part dans la somme convenue pour le cas d'éviction, n'a-t-il pas un recours contre Secundus qui a seulement fait le second payement? Lorsqu'il était actionné par l'acheteur en payement de sa part dans la somme convenue pour le cas d'éviction, il ne pouvait user contre lui du bénéfice de cession d'actions, de manière à avoir contre Secundus les actions ainsi cédées; car ce bénéfice n'appartient pas à un débiteur non solidaire tel que Primus. Mais celui-ci dispose contre Secundus de l'*actio familiae erciscundae*, s'ils sont encore indivis; il aurait certainement cette action après avoir payé pour le tout la dette hypothécaire; pourquoi, dit Papinien, ne l'aurait-il pas aussi après l'avoir payée en partie? Si l'hérédité est déjà partagée, Primus peut agir contre Secundus par une action *in factum*. Cette dernière action sert encore dans le cas où les deux vendeurs ne sont pas des cohéritiers.

(1) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr. et § 1. — (2) D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 2.
(3) D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1.

dation en payement, à la transaction pour la chose *avec* laquelle on transige[1], etc. Comme la garantie d'éviction, elle est étrangère aux conventions à titre gratuit, pour le même motif et avec les mêmes modifications[5]. Mais elle s'étend à toute espèce de choses, quelle qu'en soit la valeur[6], aux esclaves, aux bestiaux, aux autres animaux et aux choses mobilières inanimées, même aux immeubles[7].

2° Le droit édilitien était d'abord restreint aux ventes d'esclaves et de bestiaux. Comme les édites curules avaient seulement le droit de publier des édits pour de pareilles ventes, ils n'avaient pu régler la garantie des vices que dans ces limites[8]. Plus tard la jurisprudence étendit leur système à la vente d'objets quelconques[9] ainsi qu'à l'échange[10], à cause de la grande analogie entre ce contrat et la vente[11]. Mais on n'y soumit pas les autres conventions à titre onéreux[12]; celles-ci demeurèrent exclusivement sous l'empire de la théorie civile.

B) La chose qui fait l'objet de la convention, doit être infectée d'un vice proprement dit. L'absence d'une qualité est insuffisante; elle n'empêche pas la chose d'être intacte; l'acquéreur doit s'imputer à lui-même d'avoir attribué à la chose des qualités qu'elle n'a point et qu'il n'a pas stipulées[13].

C) Le vice doit être important, c'est-à-dire diminuer notablement la valeur de la chose; on ne tient pas compte des défauts insignifiants[14]; la stabilité des conventions veut qu'on ne les modifie

(4) Cf. T. III, § 387, I, A initio. — (5) D. *h. t.*, L. 62. Cf. T. III, § 387, I, A i. f.

(6) Le D. *h. t.*, L. 48 § 8, porte : « Simplariarum venditionum causa ne sit « redhibitio, in usu est ». Ces *simplariae venditiones* sont les ventes faites avec la clause que l'acheteur prendra la chose vendue telle quelle, bonne ou mauvaise. C'est ainsi que le recueil de droit syro-romain, § 39 (Bruns, II, p. 207-210) définit l'ἁπλῆ ὠνή, qui équivaut à l'ἁπλῆ πράσις des *Basiliques* (XIX, 1, c. 48, § 3, supplément de Zachariae, p. 279), c'est-à-dire à la traduction grecque des *simplariae venditiones* du D. *h. t.*, L. 48 § 8. Avant la découverte du recueil de droit syro-romain, on entendait généralement par *simplariae venditiones* les ventes de choses de peu de valeur; Glück, XX, § 1107, p. 45-46.

(7) Arg. D. *h. t.*, L. 1 pr. — (8) D. *h. t.*, L. 1 § 1, L. 38 pr. et § 5.

(9) D. *h. t.*, L. 1 pr., L. 49, L. 63 initio. — (10) D. *h. t.*, L. 19 § 5.

(11) Les ventes fiscales font exception; D. *h. t.*, L. 1 § 3 « Illud sciendum est « edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales ».

(12) D. *h. t.*, L. 63. — (13) Arg. D. *h. t.*, L. 17 § 20.

(14) D. *h. t.*, L. 1 § 8 " dummodo meminerimus non utique quodlibet quam " levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula " aut vetus quartana quae tamen jam sperni potest vel vulnusculum modicum " nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit : contemni enim haec " potuerunt.. „, L. 4 § 6 " Idem ait non omnem morbum dare locum redhibitioni, " ut puta levis lippitudo aut levis dentis auriculaeve dolor aut mediocre ulcus : " non denique febriculam quantulamlibet ad causam hujus edicti pertinere „,

point pour un intérêt minime[15]. Mais il n'est pas nécessaire qu'à cause du vice la chose soit rendue impropre à l'usage auquel elle est destinée; dès que sa valeur a sensiblement diminué, elle est vicieuse dans toute la plénitude du mot[16]. Les vices des esclaves, des animaux et des immeubles donnent lieu à des observations spéciales.

1° Les vices des esclaves et des animaux peuvent être corporels ou moraux, ou bien encore être mixtes, tenir à la fois au corps et à l'esprit[17]. Le droit civil admettait la garantie des défauts corporels et par conséquent aussi des vices mixtes, puisque ceux-ci impliquent un défaut corporel. Il obligeait en outre à la garantie des vices de l'esprit qui détruisaient toute l'utilité de l'esclave ou de l'animal[18]. Mais la responsabilité de l'auteur ne s'étendait pas aux vices de l'esprit qui ne détruisaient pas toute l'utilité de la chose[19], à moins qu'il ne les eût connus et frauduleusement cachés à l'acquéreur[20]. Les vices de l'esprit se rencontrent chez tous les esclaves ou animaux; il était impossible d'y avoir égard sans ébranler complètement la force obligatoire des conventions ayant pour objet des esclaves ou des animaux[21]. On devait seulement admettre la garantie des vices de l'esprit qui enlèvent à l'esclave ou à l'animal toute son utilité et des vices moins considérables que l'auteur avait frauduleusement cachés à l'acquéreur; s'il les lui déclare, l'acquéreur contracte en pleine connaissance de cause[22]. — Le droit édilitien imposait la garantie des vices corporels ou mixtes des esclaves et des animaux[23] et de quelques vices importants de

L. 11 " Cui dens abest, non est morbosus : magna enim pars hominum aliquo " dente caret neque ideo morbosi sunt : praesertim cum sine dentibus nascimur " nec ideo minus sani sumus donec dentes habeamus : alioquin nullus senex " sanus esset „, voyez encore L. 5, L. 6 § 1, L. 9 i. f., L. 10 § 5, L. 12 § 1 initio, 2 et 4 initio.

(15) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 54 " Res bona fide vendita propter minimam " causam inempta fieri non debet „.

(16) D. *h. t.*, L. 7-9, L. 10 pr., § 1-4, L. 12 pr., § 1 i. f., 3 et 4 i. f., L. 13, L. 14 pr., L. 15. — (17) D. *h. t.*, L. 1 § 9 i. f., L. 4 § 1 et 4 i. f.

(18) D. *h. t.*, L. 1 § 10 i. f. et 11, L. 2, L. 3, L. 4 pr. et § 3 " Idem Pomponius " ait, quamvis non valide sapientem servum venditor praestare debeat, tamen, si " ita fatuum vel morionem vendiderit, *ut in eo usus nullus sit*, videri vitium.. „.

(19) D. *h. t.*, L. 1 § 9 " Apud Vivianum quaeritur, si servus inter fanaticos non " semper caput jactaret et aliqua profatus esset, an nihilo minus sanus videretur. " Et ait Vivianus nihilo minus hunc sanum esse.. „.

(20) D. *h. t.*, L. 4 § 4 " ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi " reticuit... „, L. 1 § 9 i. f.

(21) L. 1 § 9 cit. " neque enim nos, inquit, animi vitiis minus aliquos sanos " esse intellegere debere : alioquin, inquit, futurum, ut in infinito hac ratione " multos sanos esse negaremus.... „. — (22) Arg. D. *h. t.*, L. 4 § 4 initio.

(23) D. *h. t.*, L. 1 § 9 i. f., L. 4 § 1 et 4 i. f.

l'esprit. L'acheteur d'un esclave pouvait agir en garantie si l'esclave était fuyard (*fugitivus*), c'est-à-dire avait l'habitude de s'enfuir, s'il était flâneur (*erro*), s'il avait commis soit un délit privé donnant ouverture à l'action noxale[24], soit un crime entraînant une peine capitale[25], s'il s'était laissé engager pour combattre les bêtes féroces[25a] ou bien avait tenté de se suicider[25b]. Quant aux animaux, l'édit regardait comme vicieux les chevaux qui s'emportaient sans motif[26], les bœufs qui donnaient des coups de cornes[27], les mulets qui refusaient de se laisser atteler[28] ou qui, étant attelés, reculaient[29]. Il ne prenait pas en considération les autres vices moraux des esclaves[30] et des animaux[31].

2° Les immeubles aussi peuvent présenter des vices. Une maison est vicieuse si elle a une charpente vermoulue[32], une prairie si elle produit des herbes vénéneuses[33], un immeuble en général s'il est situé dans un air pestilentiel [34] ou bien s'il est menacé au moment du contrat, soit de confiscation à raison du crime du propriétaire[35], soit d'expropriation en vertu d'un acte de l'autorité publique[36].

D) Le vice de la chose doit être caché. S'il est apparent, l'acquéreur pouvait et devait le connaître au moment du contrat; en supposant qu'il ne l'ait pas aperçu, il supporte la conséquence de

(24) D. *h. t.*, L. 1 § 1 initio, L. 17 § 17-18.

(25) D. *h. t.*, L. 1 § 1 i. f., L. 23 § 2; voyez encore D. *h. t.*, L. 17 § 19, et C. 9, 47, *de poen.*, L. 10. — (25a) D. *h. t.*, L. 1 § 1 i. f.

(25b) D. *h. t.*, L. 1 § 1 i. f., L. 23 § 3, L. 43 § 4.

(26) D. *h. t.*, L. 43 pr. i. f., cf. L. 4 § 3 i. f. — (27) D. *h. t.*, L. 43 pr. initio.

(28) D. *h. t.*, L. 38 § 9, cf. § 8. Pothier, *Pand. Justin.* 21, 1, n° 46, note *d.*

(29) D. *h. t.*, L. 43 pr. initio.

(30) D. *h. t.*, L. 1 § 9 initio, 10 i. f. et 11, L. 2, L. 3, L. 4 pr., § 2, 3 i. f. et 4 initio.

(31) D. *h. t.*, L. 4 § 3 i. f., L. 38 § 8, L. 64 § 2. Pour les vices corporels des esclaves voyez D. *h. t.*, L. 6 § 1-2, L. 7 à 15, et pour ceux des animaux D. *h. t.*, L. 8, L. 38 § 3 et 7.

(32) Cic., *de offic.* III, 13 initio. L'orateur romain cite encore comme vice la fréquentation de la maison par des serpents; *de offic.* III, 13 initio, cf. 17 initio.

(33) D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1 i. f.; C. *h. t.*, L. 4 § 1.

(34) D. *h. t.*, L. 49 initio. Cf. Cic., *de offic.* III, 16 initio.

(35) D. 19, 2, *loc.*, L. 33 initio (T. III, 299, note 13 i. f.).

(36) Arg. L. 33 initio cit. Toutefois, l'auteur de bonne foi doit seulement restituer le prix et non payer des dommages et intérêts; il est excusable d'avoir ignoré un pareil défaut; il ne devait pas prévoir la confiscation pour le crime d'un tiers propriétaire, ni l'expropriation; cf. T. III, § 299, note 13 i. f. Si la cause de la confiscation ou de l'expropriation est postérieure au contrat, elle constitue un accident qui retombe sur l'acquéreur (D. 21, 2, *de evict.*, L. 11 pr.), à moins qu'elle ne soit imputable à l'auteur.

Quant aux vices des choses mobilières inanimées, voyez D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 6 § 4, L. 13 pr., et D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1 initio.

son incurie. L'acheteur d'un cheval borgne est sans recours contre son vendeur[37].

E) Le vice doit exister lors du contrat. S'il est survenu après coup, le contrat a été régulièrement conclu; la survenance subséquente du vice constitue un accident qui retombe sur l'acquéreur[38].

F) L'acquéreur doit avoir ignoré le défaut au moment du contrat. S'il l'a connu, il l'a pris en considération pour la fixation du prix[39]. Dans le cas d'une acquisition faite par un représentant, la conviction de ce dernier est décisive; la garantie est exclue si le représentant a eu connaissance du vice; en débattant les conditions du marché, il a tenu compte du vice[40]. La conviction du principal est indifférente; la circonstance qu'il a connu le défaut, n'est pas exclusive de la garantie; elle n'empêche pas le représentant d'avoir contracté par erreur sur une chose vicieuse[41].

Mais la responsabilité de l'auteur n'exige pas qu'il ait eu connaissance du vice. La nature même des conventions à titre onéreux l'oblige à livrer une chose non vicieuse; s'il ne connaissait pas le vice, il devait le connaître; le vendeur doit connaître la chose qu'il vend[42]. A la vérité, d'après l'ancien droit civil, le vendeur était seulement tenu des vices qu'il avait connus sans les déclarer à l'acheteur; il n'était responsable que de son dol[43]. Mais les édiles curules firent dériver la garantie des vices de la nature du contrat de vente[44] et, au commencement de l'empire, ce principe pénétra dans le système du droit civil[45].

(37) D. *h. t.*, L. 14 § 10 " Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen " morbus sit, qui omnibus potuit apparere (ut puta caecus homo venibat, aut " qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite vel in alia parte " (*aperta*, mot suppléé par Mommsen) corporis), ejus nomine non teneri Caeci- " lius ait, perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: ad eos enim " morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis igno- " ravit vel ignorare potuit ", L. 1 § 6, L. 48 § 3. Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 43 § 1.

(38) D. *h. t.*, L. 54; D. 21, 2, *de evict.*, L. 3; C. *h. t.*, L. 3. Voyez d'autre part D. *h. t.*, L. 1 § 10 initio, L. 16, L. 17 § 17, L. 53. — (39) D. *h. t.*, L. 48 § 4.

(40) D. *h. t.*, L. 51 pr., v^is^ Cum mancipium..... domino nocere debet, et § 1 initio; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 12.

(41) D. *h. t*, L. 51 pr., v^is^ Cum mancipium..... deceptum non esse, et § 1 i. f. Il en est autrement si le représentant s'est borné à conclure le contrat aux conditions que le principal lui avait indiquées; L. 51 cit. pr., v^is^ Sed si servus.....; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 13. MAYNZ, II, § 213, note 20, refuse d'une façon générale le recours au principal qui connaissait le vice.

(42) D. *h. t.*, L. 1 § 2. — (43) CIC., *de offic.* III, 16 initio. — (44) D. *h. t.*, L. 1 § 2.

(45) D. 19. 1, *de A. E. V.*, L. 6 § 4, v^is^ si vero non id actum sit....., L. 11 § 7-8, L. 13 pr. et § 1. Voyez à ce sujet SCHILLING, III, § 293 et note m, et VANGEROW, III, § 609, *Anm.* 2, n° II. Cf. MAYNZ, II, § 213 et notes 2, 8 et 21.

II. Il est au pouvoir des parties de modifier ces règles. 1° Elles peuvent étendre la garantie des vices aux conventions à titre gratuit, aux qualités de la chose[46], aux vices de l'esprit d'un esclave ou d'un animal[47]. Elles peuvent aussi la restreindre, en excluant la garantie de vices déterminés[48]. Il leur est même loisible d'exclure la garantie d'un vice quelconque, pourvu que l'auteur ignore le défaut déterminé qui infecte la chose ou que, le connaissant, il le déclare d'une manière précise. S'il connaît un défaut déterminé et qu'au lieu de le déclarer d'une façon précise, il décline la garantie, soit de défauts quelconques, soit du défaut déterminé qu'il connaît ' pour le cas où il se rencontrerait dans la chose ', la clause de non-garantie est nulle comme entachée de dol[49]. — En ce qui concerne la promesse de qualités, *dicta vel promissa*[50], pour avoir un caractère obligatoire, elle doit se rapporter à une qualité précise[51]; des affirmations vagues ou générales au sujet de la bonté de la chose sont insuffisantes[52] Tout vendeur a l'habitude de louer la chose vendue; il déclare que la maison est bien bâtie, le cheval vigoureux, le meuble élégant, etc.[53], sans vouloir pour cela prendre un engagement positif[54]. L'auteur est seulement tenu du dol qu'il a pu commettre à l'occasion d'une pareille déclaration[55]. La promesse d'une qualité ne vaut que pour la qualité moyenne et non pour la qualité supérieure[56], si celle-ci n'a pas été promise d'une manière spéciale[57]. On peut garantir le nombre, le poids ou la mesure des choses vendues; la seule indication du nombre, du poids ou de la mesure d'une chose implique la promesse de ces qualités. On peut vendre un esclave avec un pécule de 1000 as[58], un troupeau de 100 têtes, un ballot de marchandises d'un poids de 1000 livres, un fonds d'une contenance de 100 arpents[59].

2° Ces conventions modifiant les limites de la garantie légale

(46) D. *h. t.*, L. 17 § 20, L. 38 § 10.

(47) D. *h. t.*, L. 4 § 3 « animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si « promisit, si minus, non.. ». — (48) D. *h. t.*, L. 14 § 9 initio.

(49) L. 14 § 9 cit. i. f. — (50) D. *h. t.*, L. 19 § 2.

(51) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 43 pr. i. f. Cf. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 1 § 1. POTHIER, *Pand. Justin.* 21, 1, n° 36, note *e*.

(52) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 43 pr. " Ea quae commendandi causa in vendi- " tionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant.. "; D. *h. t.*, L. 19 pr. initio et § 3; D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 37 initio.

(53) D. 18, *de contr. empt.*, L. 43 pr. initio; D. *h. t.*, L. 19 pr.; CIC., *de offic.* III, 13.

(54) D. *h t.*, L. 19 pr. i. f. — (55) D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 37 i. f.

(56) D. *h. t.*, L. 18 pr. i. f. et § 1 i. f.. L. 19 § 4.

(57) D. *h. t.*, L. 18 § 1 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 75 § 2 i. f. Voyez encore D. *h. t.*, L. 18 § 2. — (58) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 38 pr.

(59) D. *eod.*, L. 2 pr. Les effets de ces clauses de garantie seront déterminés au paragraphe suivant, n° I, H.

des vices peuvent se faire par de simples pactes ou exigent l'emploi de la forme de la stipulation, selon que le contrat principal est de bonne foi ou de droit strict[60]. En fait, la stipulation était d'un usage général[61].

III. Souvent les parties se bornent à convenir de la garantie des vices telle qu'elle existe déjà de plein droit. Il était usuel à Rome de se faire promettre par stipulation que les esclaves ou bestiaux vendus étaient exempts des vices indiqués dans l'édit des édiles curules. C'est pourquoi, si cette stipulation avait été omise lors du contrat, l'acheteur était autorisé à la réclamer en vertu du droit civil, qui lui ouvrait à cette fin l'*actio empti*[62], et en vertu du droit édilitien[63]. Ce fut en vue de stipulations de cette espèce que, déjà avant Cicéron, le jurisconsulte M' Manilius rédigea des formules de stipulations, appelées *Manilianae venalium vendendorum leges*[64]; à côté d'elles existaient d'autres formules d'une origine différente[65]; les formules variaient d'après la chose vendue[66].

§ 390. EFFETS DE LA GARANTIE DU CHEF DES VICES DE LA CHOSE ET DES QUALITÉS PROMISES.

I. Abstraction faite d'une convention spéciale, la garantie des vices donne lieu aux effets suivants :

A) En général l'acquéreur peut agir en rescision du contrat ou en diminution du prix. Pour préciser, il faut séparer le systéme du droit civil et celui des édiles curules.

(60) Cf. D. *h. t.*, L. 19 § 2. Par dérogation à une règle générale, le pacte pouvait précéder ou suivre le contrat de vente; D. 2, 14, *de pact.*, L. 31; D. *h. t.*, L. 19 § 6, L. 20; C. *h. t.*, L. 3 § 1. Cf. T. IV, § 467, I. — (61) Arg. D. *h. t.*, L. 31 § 20.

(62) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 4 et 8; C. 4, 49, *eod.*, L. 14. En cas de refus de fournir la stipulation, le vendeur encourait immédiatement une condamnation au double du prix de vente; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 9 i. f.

(63) D. *h. t.*, L. 28, L. 32, L. 62 i. f.; D. 21, 2, *de evict.*, L. 31 i. f., L. 32 pr. i. f.

(64) Cic., *de orat.* I, 58, encore *Manilii actiones*; Varron, *de re rustica* II, 5, § 11.

(65) Varron, *de re rustica* II, 2, § 6; 5, § 11; 6, § 3; 7, § 6; 9, § 7; 10, § 5; D. 19, 1. *de A. E. V.*, L. 11 § 4.

(66) En voici quelques-unes : « Sanum eum (*scil. servum venditum*) esse, furtis « noxisque solutum »; Varron, *de re rustica* II, 10, § 5. Cf. l'*Emptio puellae servae* de l'an 139 de notre ère dans Bruns, *Fontes* I, p. 289-290.

« Illosce boves sanos esse, noxisque (*solutos*) praestari? »; Varron, *de re rustica* II, 5, § 11.

« Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte « sanum est, extra luscam, surdam, minam, neque de pecore morboso esse, habe- « reque recte licere (garantie du chef d'éviction); haec sic recte fieri spondesne? »; Varron, *de re rustica* II, 2, § 6.

« (*Jumenta*) esse bibere, ut oportet »; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 4.

1° D'après le droit civil, l'acquéreur peut poursuivre la rescision du contrat lorsqu'il ne l'eût pas conclu s'il avait connu le vice de la chose. Le vice l'autorise à réclamer une indemnité; or, si le défaut est de telle nature que l'acquéreur n'eût pas contracté en supposant qu'il l'eût connu, le dommage causé par le défaut consiste dans la conclusion du contrat; dès lors la réparation du dommage doit consister dans la rescision du contrat(1). Mais c'est à l'acquéreur d'établir que la connaissance du vice l'eût déterminé à s'abstenir du marché; tel est le fondement de sa demande. Dans le cas contraire, il doit se contenter d'une simple diminution du prix, eu égard à la dépréciation résultant du vice(2). Dans les deux hypothèses, l'auteur est tenu de réparer tout autre dommage qu'il a prévu ou pu prévoir au moment du contrat(3). L'acquéreur dispose, aux fins indiquées, soit de l'action naissant du contrat de bonne foi (*actio empti*(4), *actio conducti*(5), *actio praescriptis verbis*(6), etc.(7), soit de l'action de dol(8) ou d'une action *in factum* si le contrat est de droit strict.

2° Le droit édilitien est beaucoup plus favorable à l'acheteur (et au copermutant); il ne concerne pas les autres conventions à titre onéreux(9). Il accorde à l'acheteur l'option absolue entre la rescision de la vente et une diminution du prix(10). S'il prend le premier parti, il ne doit pas établir qu'il n'eût pas acheté s'il avait eu connaissance du vice. En effet, étant donné un vice qui diminue considérablement la valeur de la chose, il est toujours

(1) Cf. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 3 « Redhibitionem quoque contineri empti « judicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus », D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1 « posterior actio (*id est, quanti minoris*) etiam redhibitionem « continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non « fuerit.. », D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 5 « Si quis virginem se emere putasset, « cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem « quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem « ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur », et Paul, II, 17, § 6 i. f.

Voyez en ce sens Schilling, III, § 298 et note aa, cf. § 294 i. f., et au fond aussi Vangerow, III, § 609, *Anm.* 2, n° III. Cf. Maynz, II, § 213, D.

(2) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr. initio et § 1, vis si vero ignorans.....; D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1 i. f. S'il s'agit d'un contrat innomé, on peut toujours répéter sa prestation par la *condictio causa data causa non secuta.*

(3) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr. i. f. et § 1; D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1. Cf. Schilling, III, § 294 i. f. — (4) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 3, L. 13 pr. et § 1.

(5) D. 19, 2, *loc.*, L. 19 § 1. — (6) Arg. D. 19, 4, *de rer. permut.*, L. 1 § 1, L. 2.

(7) Si, à l'occasion d'un contrat innomé, l'acquéreur veut agir en résolution du contrat, comme il en a toujours le droit (note 2), il recourra à la *condictio causa data causa non secuta.* — (8) Arg. D. 4, 3, *de dolo malo*, L. 37.

(9) Cf. le paragraphe précédent n° I, A, 2°.

(10) D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1 initio; D. *h. t.*, L. 18 pr. initio.

possible que, si l'acheteur l'avait connu, il n'eût voulu de la chose à aucun prix; dès lors il convenait de s'en rapporter à son appréciation pour le maintien du marché. Peu importe que la chose ne soit pas tout à fait impropre à l'usage auquel elle est destinée; le motif indiqué subsiste[11]. Indépendamment de la rescision de la vente ou de la diminution du prix, le vendeur doit réparer tout le dommage qu'il a prévu ou pu prévoir au moment du contrat[12]. Les édiles curules furent ainsi amenés à créer deux actions : l'une en résolution de la vente, l'autre en diminution du prix. La première est l'action rédhibitoire (*actio redhibitoria*, de *re* et *habere*, avoir derechef[13])[14]; de là le nom de *vices rédhibitoires* pour désigner les défauts qui donnent lieu aux actions édilitiennes. La seconde est l'action de moins-value ou *actio quanto minoris*[15] (*id est, quanto minoris res cum veniret fuerit*[16])[17].

B) Le recours en garantie des vices subsiste nonobstant la perte accidentelle[18] ou l'éviction[19] de la chose. Cette règle est rationnelle. L'acquéreur est lésé par cela seul que le contrat porte sur une chose vicieuse; de ce chef il acquiert dès le jour du contrat le droit d'exercer un recours en garantie et ce droit ne peut lui être enlevé par la perte fortuite de la chose, encore moins par son éviction qui constitue un autre manquement aux obligations de l'auteur[20]. L'acheteur évincé de la chose vicieuse a intérêt à

(11) Arg. D. *h. t.*, L. 1 § 1 initio.

(12) D. *h. t.*, L. 29 § 3 initio; arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr. i. f. et § 1.

(13) D. *h. t.*, L. 21 pr.

(14) D. *h. t.*, L. 1 § 1 initio, L. 18 pr. initio; D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1 initio. — (15) D. *h. t.*, L. 18 pr. initio, L. 43 § 6 initio.

(16) D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1 initio. Ce texte porte *quanti minoris*; l'expression *quanto minoris* est plus exacte. La même action est encore appelée *actio aestimatoria*; D. *h. t.*, L. 43 § 6 initio, L. 44 § 2 initio, L. 48 § 2. Parfois l'action de moins-value est plus avantageuse que l'action rédhibitoire. Supposons qu'une chose eût valu 12000 as si elle eût été intacte ; elle est vendue pour 10000 as. A cause du vice elle vaut 5000 as de moins. Par l'action *quanto minoris* l'acheteur obtiendra ces 5000 as; il gardera pour 5000 as une chose qui en vaut 7000; son gain sur le marché sera de 2000 as. Il le perdrait en recourant à l'action rédhibitoire.

(17) D. *h. t.*, L. 18 pr. initio, L. 38 pr. et § 5; D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1 initio. — (18) D. *h. t.*, L. 47 § 1, L. 48 pr.

(19) D. *h. t.*, L. 44 § 2. Cf. D. 21, 2, *de evict.*, L. 16 § 2.

(20) D. *h. t.*, L. 44 § 2 " potest dici nihil interesse emptoris sanum esse, fugitivum non esse eum, qui evictus sit. Sed interfuit emptoris sanum possedisse propter operas, neque ex postfacto decrescat obligatio : statim enim ut servus traditus est committitur stipulatio quanti interest emptoris ". Si le recours en garantie pour cause d'éviction est exclu par la perte accidentelle de la chose, c'est qu'il suppose une dépossession judiciaire; la perte de la chose rend cette dépossession impossible; cf. T. III, § 387, I, D, 3°.

recourir à l'action rédhibitoire à cause du vice plutôt que d'exercer un recours en garantie sur le fondement de l'éviction ; la première poursuite lui fait recouvrer tout le prix de vente, tandis que la seconde lui procurerait seulement la valeur de la chose vicieuse.

C) Pour un seul et même vice, l'acquéreur ne peut cumuler l'action en rescision du contrat et l'action en diminution du prix. Si, après avoir exercé l'une de ces actions, avec ou sans succès, il recourait à l'autre, il serait repoussé ; la loi lui accorde l'option entre les deux poursuites ; en exerçant l'une, il renonce implicitement à l'autre[21]. Étant donnés plusieurs vices, en principe le cumul est possible. Après avoir, à raison d'un premier vice, agi en diminution du prix, avec ou sans succès, rien n'empêche l'acquéreur qui découvre un second vice, d'agir encore en diminution du prix[22] ou de poursuivre la rescision du contrat[23] sauf, dans la dernière alternative, à tenir compte de la réduction de prix obtenue à cause du premier vice[24]. De même l'acquéreur qui, sur un premier défaut, a succombé à l'action en rescision, peut, s'il en découvre un autre, agir soit en rescision, soit en diminution du prix[25]. Mais s'il a fait rescinder le contrat à cause d'un vice, son droit d'agir en garantie du chef des vices de la chose est épuisé.

D) Si plusieurs choses font l'objet du même contrat et que l'une d'elles soit vicieuse, en général l'acquéreur peut seulement agir en rescision du contrat ou en diminution du prix en ce qui concerne la chose vicieuse ; il n'y a pas de motif pour que le contrat ne produise pas ses pleins effets quant aux choses non vicieuses[26]. Il est indifférent que le contrat fixe un prix global pour toutes les choses[27]. Dans le dernier cas le juge fera une ventilation ; il répartira le prix global entre les différentes choses en proportion de leur valeur respective ; ce sera la portion du prix unique, ainsi attribuée à la chose vicieuse, qui devra être restituée ou diminuée[28]. Par dérogation à la règle énoncée, l'acquéreur a le droit d'agir en rescision du contrat tout entier ou bien de demander une réduction de l'ensemble du prix, si la chose vicieuse a été la cause déterminante du contrat, soit parce qu'elle était principale[29], soit parce

(21) D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1. — (22) D. *h. t.*, L. 31 § 16 initio.

(23) Arg. L. 31 § 16 initio cit.

(24) Arg. L. 31 § 16 cit. i. f., D. 21, 2, *de evict.*, L. 32 § 1, et D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 10. — (25) Arg. D. *h. t.*, L. 48 § 7.

(26) D. *h. t.*, L. 38 § 12 et 14, vis si tamen nondum..... oportere.

(27) D. *h. t.*, L. 38 § 14 « Haec et in hominibus dicemus pluribus uno pretio « distractis.. ». — (28) D. *h. t.*, L. 64 pr., L. 36 initio, cf. L. 36 i. f.

(29) Arg. D. *h. t.*, L. 34, L. 38 pr. i. f., § 13 et 14 initio et i. f., L. 39, L. 40 pr.

qu'elle formait un ensemble avec les choses non vicieuses[30]. Cela est vrai bien que le contrat fixe des prix séparés pour les différentes choses; si, dans cette hypothèse, l'acquéreur réclame une diminution du prix, celle-ci s'opérera sur le total des prix, de manière qu'elle pourra dépasser le prix de la chose vicieuse[31].

E) Que décider s'il y a plusieurs acquéreurs ou héritiers d'un acquéreur unique ou bien plusieurs auteurs ou héritiers d'un auteur unique? Pas de difficulté si plusieurs ont contracté ensemble, mais chacun pour partie. Il y a alors autant de contrats propres et indépendants qu'il y a d'acquéreurs ou d'auteurs; dans chacun de ces contrats, ne figurent qu'un seul acquéreur et un seul auteur[32]. En dehors de ce cas, deux hypothèses doivent être séparées :

1° Il y a plusieurs *acquéreurs* chacun pour le tout ou bien plusieurs héritiers d'un acquéreur unique. Tous ces cointéressés doivent s'entendre sur l'action à intenter et, l'entente établie, l'exercer de concert, soit par eux-mêmes, soit par un mandataire commun. Cette règle est fondée sur la nature des choses. A défaut d'un concert préalable, l'un des cointéressés pourrait agir en rescision du contrat, tandis que l'autre jugerait convenable de le maintenir en se contentant d'une diminution de prix. Or le contrat conclu pour le tout est indivisible; il doit être maintenu pour le tout ou bien être complètement rescindé[33].

2° Il y a plusieurs *auteurs* chacun pour le tout ou bien plusieurs héritiers d'un auteur unique. Dans l'espèce, l'acquéreur a le droit d'agir séparément contre chaque auteur ou héritier de l'auteur pour une part virile ou en proportion de sa part héréditaire; il lui est loisible de poursuivre l'un en résolution du contrat, l'autre en réduction du prix[34]. C'est une différence entre ce cas et le précédent. Malgré la séparation des poursuites, le contrat sera toujours maintenu pour le tout ou rescindé pour le tout à l'égard de chaque auteur ou héritier de l'auteur; le principe de l'indivisibilité du contrat est donc sauvegardé. En général, chaque auteur ou héritier de l'auteur peut être actionné seulement pour une part virile[35] ou en proportion de

(30) Mêmes textes. — (31) D. *h. t.*, L. 34.

(32) D. *h. t.*, L. 31 § 10, vis si tamen partes..... experietur.

(33) L. 31 cit. § 5 « Si plures heredes sint emptoris, an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus. Et ait Pomponius omnes consentire « debere ad redhibendum dareque unum procuratorem, ne forte venditor « injuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii « condemnatur, quanti minoris is homo sit » et § 7, cf. § 10 « nam si plures « ab uno (*scil. emant*)..., verius est dicere.. singulis in solidum redhibendum.. » et « sed si in solidum emant, unusquisque in solidum redhibebit ». Cf. T. III, § 337, I, A, 3°. — (34) Arg. D. *h. t.*, L. 31 § 10 initio.

(35) Cf. D. *h. t.*, L. 44 § 1 « quamvis actio ex empto cum singulis sit pro « portione, qua socii fuerunt.. ».

sa part héréditaire[36]; car il s'agit d'une obligation divisible, elle a pour objet des choses corporelles[37]. Toutefois, si des associés vendent des choses communes, les actions édilitiennes[38] se donnent pour le tout contre l'associé ou les associés qui ont une part sociale au moins aussi forte qu'aucun de leurs covendeurs[39]; c'est une véritable solidarité légale[40].

F) En ce qui concerne spécialement l'action rédhibitoire, elle compète à l'acheteur (et au copermutant) dans deux circonstances : d'abord après la découverte d'un vice rédhibitoire[41], ensuite, indépendamment de cette condition, si le vendeur d'esclaves ou de bestiaux refuse de fournir la stipulation usuelle relative aux vices[42]. Dans les deux cas, elle est soumise à une courte prescription : dans le premier, elle se prescrit par six mois utiles[43] à partir de la découverte du vice[44], dans le second, par deux mois[45] à dater du refus de fournir la stipulation susdite[46]. L'action rédhibitoire tend à la rescision de la vente, donc à remettre les parties dans leur état antérieur, dans l'état où elles se seraient trouvées sans la vente[47]. D'après cela :

1° Le vendeur doit restituer le prix[48], avec les intérêts depuis le jour du payement[49], et rembourser le coût du contrat[50], les frais d'enlèvement de la chose[50], les impôts[51] et les impenses qu'il a prévues ou pu prévoir lors du contrat[52], sauf que l'acheteur

(36) D. *h. t.*, L. 31 § 10, vis Si venditori..... idem erit dicendum.

(37) Cf. T. III, § 337, I, B, 1°. — (38) mais non l'*actio empti.*

(39) D. *h. t.*, L. 31 § 10, vis nam si unus a pluribus..... in solidum redhibendum », L. 44 § 1.

(40) Cf. T. III, § 333, II, D, 6°, et § 337, note 16. Cette disposition exceptionnelle s'applique à une société quelconque, D. *h. t.*, L. 31 § 10, vis nam si unus a pluribus..... in solidum redhibendum (en ce sens Ribbentrop, *Correal-Obligationen*, § 20, p. 159-169, et Molitor, cité, I, n° 499 i. f.), quoiqu'on la restreigne généralement à la société pour la vente d'esclaves; Unterholzner, cité, II, § 469, 6, et Maynz, II, § 213 et note 42, § 227, note 10 i. f. Cf. Vangerow, III, § 609, *Anm.* 2, n° III i. f. — (41) D. *h. t.*, L. 1 §1 initio.

(42) D. *h. t.*, L. 28. Cf. le paragraphe précédent n° III.

(43) Paul, II, 17, § 5; D. *h. t.*, L. 19 § 6 initio, L. 38 pr. i. f.; C. *h. t.*, L. 2.

(44) D. *h. t.*, L. 19 § 6 initio et i. f., L. 55. En ce sens Schilling, III, § 299, 2, et Maynz, II, § 213 et note 27 initio. Cf. Windscheid, II, § 393 et note 12 initio.

(45) D. *h. t.*, L. 28. — (46) Arg. L. 28 cit.

(47) D. *h. t.*, L. 23 § 7, L. 60 " Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit ".

(48) D. *h. t.*, L. 25 § 9 initio, L. 27 initio, voyez encore L. 31 § 17-19.

(49) D. *h. t.*, L. 27 initio, L. 29 § 2, voyez encore L. 25 § 9 i. f., L. 29 § 1.

(50) Arg. D. *h. t.*, L. 27 « sed et si quid emptionis causa erogatum est.. ».

(51) L. 27 cit., vis Quid ergo.....

(52) D. *h. t*, L. 27, vis sed et si quid..... ..... exigere, L. 29 § 3 initio, L. 30 § 1 initio.

doit compenser ses impenses ordinaires, telles que les frais d'entretien de l'animal, avec le profit qu'il a retiré de l'usage de la chose(53). Le vendeur doit encore indemniser l'acheteur de tout autre dommage(54), pourvu que le vendeur l'ait prévu ou pu prévoir lors du contrat(55); il doit réparer les pertes résultant du vice de la chose(56). Ces règles sont appliquées rigoureusement au vendeur de mauvaise foi(57); mais le vendeur de bonne foi peut, en faisant l'abandon de la chose, se borner à rembourser le prix de vente avec les intérêts, le coût du contrat, les frais d'enlèvement de la chose et les impôts ; il ne doit pas restituer les impenses ni payer d'autres dommages et intérêts(58). Ce droit d'abandon est dû à l'analogie des actions noxales.

2° De son côté, l'acheteur est tenu de restituer la chose avec ses accessoires(59), y compris les profits et surtout les fruits qu'il a retirés ou pu retirer de la chose depuis la tradition, car il répond de sa faute(60). De même il répond des détérioratiens que la chose a éprouvées par sa faute(61) et doit la libérer des droits réels qu'il y a imposés(62).

C'est à l'acheteur de remplir d'abord ses obligations, avant de pouvoir réclamer l'exécution de celles du vendeur(63).

(53) L. 30 § 1 cit. i. f.

(54) D. *h. t.*, L. 29 § 3 initio; D. 47, 2, *de furt.*, L. 17 § 2 i. f.; C. *h. t.*, L. 1.

(55) Paul, II, 17, § 11; arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr. et § 1, et D. *h. t.*, L. 1 § 1 i. f.

(56) Paul, II, 17, § 11; D. 47, 2, *de furt.*, L. 17 § 2 i. f.; C. *h. t.*, L. 1; arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 pr. et § 1. Cf. Schilling, III, § 294 et note bb, § 299, note 1 i. f. Le vendeur est même tenu de donner caution en vue des condamnations ultérieures que l'acheteur pourrait subir à cause de la chose; D. *h. t.*, L. 21 § 2, L. 30 pr. — (57) Arg. D. *h. t.*, L. 1 § 1 i. f.

(58) D. *h. t.*, L. 23 § 8, vis Quid ergo....., L. 29 § 3 i. f., L. 31 pr., L. 58 pr. et § 1. Voyez encore D. 47, 2, *de furt.*, L. 62 (61) § 2-4.

(59) D. *h. t.*, L. 1 § 1 « ut id mancipium redhibeatur,.. et si quid aliud in « venditione ei accesserit,.. ut ea omnia restituat.. », L. 23 § 1, L. 33 § 1.

(60) D. *h. t.*, L. 1 § 1 « sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, « sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat.. », L. 23 § 9, L. 24, L. 31 § 2-4, L 43 § 5, cf. L. 1 § 1 « Item si quis accessiones « ipse praestiterit, ut recipiat.. », L. 23 § 1 « Jubent aediles restitui... et si quas « accessiones, ipse praestiterit.. » et L. 31 § 4 « et si quidem ex re emptoris « accessit, dicendum est apud ipsum relinquendum.. ».

(61) D. *h. t.*, L. 1 § 1, vis Si quid autem..... factum erit, L. 23 pr., L. 25 pr., § 1-7, L. 31 § 11-12.

(62) D. *h. t.*, L. 43 § 8. L'acheteur doit en outre fournir caution pour le cas où il retirerait encore un profit ultérieur de la chose rédhibée (D. *h. t.*, L. 21 § 2, L. 30 pr.), pour celui où la chose aurait été grevée par lui d'un droit réel (D. *h. t.*, L. 21 § 1) et pour l'éventualité où le vendeur encourrait une condamnation à cause du fait de l'acheteur; L. 21 § 1 cit. i. f.

(63) D. *h. t.*, L. 25 § 10, cf. L. 25. Voyez sur quelques autres règles relatives à l'action rédhibitoire D. *h. t.*, L. 25 § 8, L. 45.

G) L'action de moins-value concourt électivement avec l'action rédhibitoire si l'acheteur (ou le copermutant) constate l'existence d'un vice rédhibitoire, ou si le vendeur d'esclaves ou de bestiaux refuse la stipulation usuelle relative aux vices. Sous le premier rapport, l'action se prescrit par une année utile(64) à dater de la découverte du vice(65), sous le second par six mois à partir du refus de fournir la stipulation susdite(65a). L'action tend à faire déduire du prix de vente la somme que la chose vendue valait en moins à cause du vice le jour du contrat(66). Toutefois, si le vice est tellement important que la chose vendue n'a plus guère de valeur, le juge prononcera la rédhibition. A la rigueur, il devrait ordonner au vendeur de restituer la presque totalité du prix, et l'acheteur garderait la chose à peu près dépourvue de toute utilité. Au lieu de maintenir la vente dans des proportions aussi restreintes, il était plus naturel de la rescinder(67).

H) Ces règles sur le recours en garantie des vices de la chose s'appliquent à la garantie des qualités promises(68), par exemple à la garantie du nombre, du poids ou de la mesure de la chose(69). Lorsqu'un fonds de terre a été vendu avec indication de la contenance, deux hypothèses sont possibles :

1° Le fonds vendu avec indication de la contenance l'a été pour un prix unique; quelqu'un a vendu un fonds pour 10000 as, en indiquant une contenance de 100 arpents. Le vendeur doit garantir cette contenance(70) de la même manière que toute autre qualité promise. Si l'immeuble n'a pas la contenance indiquée, — s'il n'a que 90 arpents au lieu de 100 — d'après le système du

(64) D. *h. t.*, L. 19 § 6 initio, L. 38 pr. i. f., L. 48 § 2; C. *h. t.*, L. 2.

(65) D. *h. t.*, L. 19 § 6 initio, et arg. L. 55. — (65a) D. *h. t.*, L. 28.

(66) D. *h. t.*, L. 38 pr. i. f. et § 13 i. f.; D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1 initio. Cf D. 21, 2, *de evict.*, L. 32 § 1.

(67) D. *h. t.*, L 43 § 6 « Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet « aestimatoria, id est quanto minoris, agamus : nam si adeo nullius sit pretii, ut « ne expediat quidem tale mancipium *domi* (leçon Mommsen) habere, veluti si « furiosum aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen « judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium reddatur ».

D. 44, 2, *de except. rei judic.*, L. 25 § 1 « nam posterior actio (*scil. quanto « minoris*) etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob « id actor empturus non fuerit.. ».

(68) D. *h. t.*, L. 1 § 1, vis sive adversus quod dictum..... ut recipiat. et i. f., L. 18 pr. initio; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 4. D'après le D. *h. t.*, L. 19 § 6 i. f. et L. 20 les actions édilitiennes fondées sur une promesse de qualités ne commencent à se prescrire qu'à partir du jour de la promesse, si celle-ci est intervenue postérieurement à la vente.

(69) Cf. le paragraphe précédent n° II, 1e i. f.

(70) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 2 pr.

droit civil, l'acheteur a droit à la rescision du contrat ou à une diminution proportionnelle du prix[71], selon qu'il eût ou non acheté l'immeuble s'il avait connu sa contenance véritable[72]. En vertu du système édilitien, il a l'option absolue entre la résolution de la vente et une réduction du prix[73]. Mais un excédent de contenance ne donne pas lieu à une augmentation de prix ; car l'acheteur a stipulé pour le prix convenu l'immeuble tout entier, avec l'intégralité de sa contenance ; les 100 arpents indiqués au contrat ne représentaient qu'un minimum à prester par le vendeur[74].

2° Le fonds vendu avec indication de la contenance l'a été à tant la mesure ; il a été vendu à 100 as l'arpent et comme contenant 100 arpents. Le vendeur devra la même garantie que dans le cas précédent[75], Mais si le fonds a une contenance supérieure, le prix se déterminera d'après le nombre d'arpents qui seront mesurés ; ainsi le veut le contrat[76].

On suivra les mêmes règles si le vendeur d'un immeuble a indiqué la contenance de certains genres de culture compris dans l'immeuble, par exemple d'un vignoble, d'une plantation d'oliviers, etc.[77], sauf que la réduction du prix global, pour un déficit de contenance. devra se faire eu égard à la valeur de la culture qui présente un déficit[78] et l'acheteur pourra seulement agir en résolution de la vente s'il a contracté en vue de l'ensemble de l'immeuble[79].

Si deux fonds ont été vendus par le même contrat, avec indication de leur contenance respective, et qu'il y ait d'un côté un déficit et de l'autre un excédent, le vendeur peut-il compenser ? Si les deux immeubles ont été vendus pour un prix unique, la compensation est admise jusqu'à due concurrence, eu égard à la valeur respective des arpents qui font défaut d'un côté et qui constituent l'excédent de l'autre. En fixant un prix global, les parties ont voulu que celui-ci fût seulement réduit pour autant que le déficit dans la contenance de l'un des immeubles ne fût pas compensé par un excédent dans la

(71) D. *eod.*, L. 4 § 1 " Si modus agri minor inveniatur, pro numero jugerum " auctor obligatus est, quia, ubi modus minor invenitur, non potest aestimari " bonitas loci qui non exstat... „. Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 40 pr.

(72) Cf. le n° I, A, 1°, du présent paragraphe. — (73) Cf. le n° I, A, 2°, *eod.*

(74) Arg. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 38 pr. initio, et D. 21, 2, *de evict.*, L. 45.

(75) D. 21, 2, *de evict.*, L. 69 § 6 " In fundo vendito cum modus pronuntiatus " deest, sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus " jugeribus dictis „. En vertu de cette loi, si un fonds vendu à 100 as l'arpent, avec indication d'une contenance de 100 arpents, n'en renferme que 90, il faut de la somme de 10000 as, représentant le prix total des 100 arpents déclarés, déduire celle de 1000 as qui correspond aux 10 arpents faisant défaut.

(76) D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 40 § 2.

(77) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 4 § 1, v^is^ Sed non solum..... inveniatur.

(78) L. 4 § 1 cit. i. f. — (79) Cf. le n° I, D, du présent paragraphe.

contenance de l'autre[80]. Cette considération ne peut pas être invoquée si les immeubles ont été vendus pour des prix distincts; dans ce cas, le vendeur est responsable d'une manière absolue de chacune des contenances indiquées au contrat[81].

La même distinction doit être observée si, à l'occasion de la vente d'un seul immeuble, le vendeur a indiqué la contenance de certains genres de culture et qu'il y ait déficit d'un côté et excédent de l'autre[82].

II. Les parties peuvent déroger à ces règles sur l'objet du recours en garantie des vices de la chose ou des qualités promises et surtout convenir que l'auteur payera une somme fixe si la chose est vicieuse ou n'a pas les qualités promises. Ici, comme au point de vue de l'éviction, il était usuel à Rome de stipuler le double du prix, dès que la vente présentait une certaine importance[83] et, par suite de la fréquence de la *stipulatio duplae*, si celle-ci avait été omise lors du contrat, l'acheteur avait le droit de la réclamer par l'*actio empti*[84]. Les conventions relatives à la garantie des vices ou des qualités de la chose produisent, selon les circonstances, l'action naissant du contrat de bonne foi ou l'*actio ex stipulatu;* l'une et l'autre sont perpétuelles.

G) *Du recours pour lésion.*

DEDEKIND, *De vera indole et vi laesionis enormis in emtione et venditione contrahenda effectae*, Goettingue, 1837.

SANDSTEIN, *Ueber die laesio enormis,* Goettingue, 1887, dissertation.

(80) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 42, et surtout la disposition finale de la loi " Sed " rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari et " si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri „.

(81) Arg. L. 42 cit. « utrumque uno pretio tradiderit.. duos statuliberos uno « pretio vendat.. ».

(82) D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 22 " Si in qualitate fundi venditor mentitus " sit, non in modo ejus, tamen tenetur emptori : pone enim dixisse eum quinqua- " ginta jugera esse vineae et quinquaginta prati et in prato plus inveniri, esse " tamen omnia centum jugera „ et L. 34. Par une considération d'équité, le D. *eod.*, L. 13 § 14, décide que le vendeur de bonne foi est autorisé à compenser le déficit dans la contenance d'un fonds de terre par une alluvion postérieure à la vente. — (83) D. *h. t.*, L. 31 § 20 initio.

(84) L. 31 § 20 cit. Cf. D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 4 et 8, et C. 4, 49, *eod.*, L. 14. Le vendeur qui refusait la caution, était aussitôt condamné au double du prix de vente; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 11 § 9 i. f. Au lieu d'actionner le vendeur récalcitrant par l'*actio empti*, l'acheteur avait encore la faculté d'agir en rédhibition ou en réduction du prix par les actions édilitiennes, du moins s'il s'agissait de ventes d'esclaves ou d'animaux; D. *h. t.*, L. 28. Cf. le n° I, F initio et G, de ce paragraphe.

§ 391. DES CAS OÙ L'ON PEUT EXERCER LE RECOURS POUR LESION.

1° En général les conventions ne peuvent être attaquées du chef d'une simple lésion. Par la nature même des choses, chaque partie a le droit de s'efforcer de contracter à des conditions aussi avantageuses que possible, sauf à s'abstenir de manœuvres frauduleuses; *naturaliter concessum est*, dit Paul, *quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere*(1). Le recours pour cause de lésion est un droit exceptionnel. Abstraction faite des mineurs, qui peuvent obtenir la restitution en entier contre une convention quelconque qui les lèse(2), le recours pour lésion est seulement admis dans la vente au profit du vendeur et dans la convention relative à un partage extrajudiciaire. Celui qui a vendu une chose au-dessous de la moitié de sa valeur réelle, a un recours contre l'acheteur(3). S'il l'a vendue à un prix aussi minime, c'est qu'il y a été contraint par le besoin; il a dû se procurer de l'argent à tout prix pour vivre. Et de son côté l'acheteur a exploité d'une manière malhonnête la situation précaire du vendeur. Autant la position du vendeur est favorable, autant celle de l'acheteur est désavantageuse(4). De même, le partage conventionnel donne lieu à un recours lorsque l'un des copartageants a éprouvé une lésion considérable; une lésion d'outre moitié n'est pas nécessaire(5). Le partage n'est pas une affaire comme la vente, l'échange et le louage; il a simplement pour but de procurer à chacun des copartageants des biens divis d'une valeur égale à celle de sa part indivise dans les biens communs; or ce but est manqué lorsque l'un d'eux a reçu beaucoup moins que cette

(1) D. 19, 2, *loc.*, L. 22 § 3. Voyez encore D. 4, 4, *de minor.*, L. 16 § 4.

(2) D. 4, 1, *de in integr. restit.*, L. 8 initio; D. 4, 4, *de minor.*, L. 29 pr.; C. 5, 71, *de praed. et al. reb. minor.*, L. 11 § 1; C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 8.

(3) C. *eod.*, L. 2. — (4) L. 2 cit. " humanum est.. „

(5) 1° *Consult. vet. jurisc.* II, 3 " Notum est, quod etiam si mandato uxoris " niteretur, et fraudulenta divisio *vel minus aequalis* posset ostendi, vacua et " inanis specialiter remaneret „. Le sens des mots *minus aequalis* est mis hors de doute par le § 2 de la même consultation, où nous lisons *nulla aequalitate servata, nulla compensatione in omnibus custodita* et *sine aequalitate vel compensatione.*

2° C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 3 " Majoribus etiam, per fraudem vel dolum " *vel perperam* sine judicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei " judiciis et quod *inaequaliter* factum esse constiterit, in melius reformabitur „. La décision et le motif de cette constitution sont également concluants, sauf que le motif est étendu d'une manière inexacte à toutes les conventions de bonne foi; aussi le texte de la constitution, dans la *Consultatio vet. jurisc.* II, 6, se borne-t-il à parler du partage. Nous nous abstenons d'invoquer la loi telle qu'elle figure dans la *Consultatio*, parce que sa décision vise un partage entaché de dol.

valeur[6]. Pour le surplus, nous nous référons aux théories de la vente et du partage conventionnel[7].

2° On doit repousser le recours pour lésion dans toutes les autres conventions à titre onéreux telles que l'échange, le louage et la société; dans la vente, il faut aussi le refuser à l'acheteur qui acquiert une chose pour un prix dépassant le double de sa valeur. Il n'y a pas d'analogie entre la situation du vendeur ou des copartageants et celle des autres contractants lésés; les considérations qui militent en faveur des premiers, ne peuvent être invoquées par les seconds. Si l'on est parfois forcé de vendre pour vivre, on n'est jamais poussé par le même besoin à conclure un autre contrat ou bien à acheter; le but attribué ci-dessus au partage conventionnel lui est aussi tout à fait propre. Aussi aucun texte ne permet-il à d'autres que le vendeur, les copartageants et les mineurs de faire rescinder un contrat pour cause de lésion et l'on ne peut étendre par analogie les décisions relatives au vendeur et aux copartageants, d'abord parce que l'analogie n'existe pas, ensuite parce que ces décisions sont exceptionnelles; or les exceptions ne peuvent être étendues par analogie, elles sont de stricte interprétation. On oppose l'équité qui doit présider aux contrats de bonne foi; mais la lésion de l'une des parties est conforme à la nature de toutes les conventions à titre onéreux[8]. On ne peut pas objecter non plus que, dans ces conventions, chacune des parties contracte en vue d'un équivalent certain; il ne résulte pas de là qu'en fait chacune doive obtenir l'équivalent de sa propre prestation[9].

(6) Glück, XI, § 734, p. 92-93, Goeschen, II (2), § 643 initio, Puchta, *Pand.*, § 373, note f, *Vorles.* II, § 373, p. 223-224, Sintenis, II, § 122 et note 44, et Arndts, § 320 i. f.

Opinions divergentes : 1° Le partage conventionnel n'est pas du tout rescindable pour lésion : Molitor, cité, II, n° 696, Maynz, II, § 278, note 16 i. f., et Windscheid, II, § 449, note 25, nos 2 et 3.

2° Le partage conventionnel est seulement sujet à rescision en cas de lésion énorme; Unterholzner, cité, II, § 530 i. f. — Thibaut, T. II, § 899, 4. Cf. Mackeldey, II, § 695, 4, c. — (7) T. IV, § 398a et 400, 4°.

(8) D. 19, 2, *loc.*, L. 22 § 3.

(9) *Non obstant* : 1° D. 23, 3, *de jure dot.*, L. 6 § 2, Pomponius, " Si in dote danda " circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum " est, quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius " aut damnum sentire per alterius lucrum ".

" Si, à l'occasion d'une dation de dot, l'un des contractants a été circonvenu, " il faut venir au secours même d'un majeur de vingt-cinq ans, parce qu'il n'est " pas conforme à l'équité que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui ou " éprouve un préjudice par suite du gain d'autrui ".

Ce passage suppose qu'un bien avait été remis en dot au mari d'après une estimation; celle-ci vaut souvent vente. La femme ou le mari (*alteruter*) avait

§ 392. OBJET DU RECOURS.

Comme il sera expliqué dans les théories de la vente et du partage conventionnel[1], la partie lésée peut faire rescinder la convention, sauf que la partie adverse a la faculté de la maintenir en payant un supplément suffisant pour faire disparaître la lésion.

VIII. DES EFFETS DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS; § 393.

I. 3, 28, *per quas personas nobis obligatio adquiritur.*

BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock et Schwerin, 1852.

SCHEURL, *Kritische Ueberschau* I (1853), p. 315 et ss., et *Jahrbücher für die Dogmatik* II (1858), p. 1-34.

IHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik* I (1857), p. 273-350, II (1858), p. 67-180.

BUSCH, *Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, 1860.

BÄHR, *Jahrbücher für die Dogmatik* VI (1862), p. 131-186.

UNGER, *eod.* X (1869), p. 1-109.

GAREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Würtzbourg, 1873.

été lésé par l'estimation. Le jurisconsulte paraît admettre que même le mari majeur peut attaquer l'estimation, indépendamment d'un dol de la femme Cette décision s'explique par la faveur de la dot; on n'est pas autorisé à l'étendre à un acheteur ordinaire; les dispositions exceptionnelles sont de stricte interprétation; D. *eod.*, L. 16 " quia non simplex venditio sit, sed dotis causa.. ".

2° C. 3, 38, *comm. utr. judic.*, L. 3 " Majoribus etiam, per fraudem vel dolum " vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri, *quia in bonae fidei " judiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur* ". On invoque le motif de cette loi. Mais il est trop absolu pour qu'on puisse y avoir égard; on doit l'entendre *pro subjecta materia.*

3° C. 4, 44, *de resc. vendit.*, L. 2 " humanum est.. ". Il est aussi impossible d'attacher de l'importance à la considération d'humanité sur laquelle cette constitution fonde le droit du vendeur lésé d'outre moitié.

4° D. 17, 2, *pro socio*, L. 78-79. Ces lois qui permettent d'attaquer un arbitrage inique des parts sociales, sont étrangères à notre question.

En ce sens GOESCHEN, II (2), § 505, PUCHTA, *Pand.*, § 364 i. f., et *Vorles.* II, § 364 i. f., SCHILLING, III, § 300, *Erinnerung*, MOLITOR, cité, I, n° 522, KELLER, § 333, SINTENIS, II, § 116, note 218, VANGEROW, III, § 611, *Anm.*, n° 1, MAYNZ, II, § 214 i. f., NAMUR, II, § 268, 3, et WINDSCHEID, II, § 396, note 2, n° 2.

Contra GLÜCK, XVII, § 1028, p. 27-34, et § 1032, DEDEKIND, cité, § 5-9 et 27, UNTERHOLZNER, cité, II, § 452, n° III initio, THIBAUT, I, § 430, et BRAUN, *Erörterungen zu* THIBAUT, § 197, MÜHLENBRUCH, II, § 406, 4 initio, CHAMBON, *Beiträge zum Obligationenrecht*, p. 113-174, Iéna, 1851, et DERNBURG, II, § 102, 2. Cf. ARNDTS, § 307 et *Anm.* 2, et BRINZ, II, § 329 i. f.

(1) T. IV, § 398*a*, III, A, et § 400, 4°.

ZIMMERMANN, *Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio*, Strasbourg, 1876.

HELLMANN, *Kritische Vierteljahrschrift* XIX (1877), p. 349 et ss., Munich, et *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, Munich, 1882.

MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts*, Vienne, 1885.

DANZ, *Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem Recht*, p. 117-152, Leipzig, 1886.

TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Vérone, 1889, et *Dalla reppresentanza nella conclusione dei contratti* dans l'*Archivio giuridico* XLIII (1889), p. 61-149, XLIV (1890), p. 67-134, XLV (1890), p. 421-528, XLVI (1891), p. 106-145, et avec des développements nouveaux comme livre séparé, Vérone, 1892.

LAMBERT et CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui*, Paris, 1893, thèse.

EHRENZWEIG, *Die sogenannten zweigliedrigen Verträge insbesondere die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem und österrreichischem Recht*, Vienne, 1895.

LENEL, *Stellvertretung und Vollmacht*, dans les *Jahrbücher für die Dogmatik* XXXVI (1896), p. 1-130.

PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi secondo il diritto romano e civile*, Innsbrück, 1898.

HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1899.

SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*, 2 vol., Leipzig, 1900-1902.

DNIESTRZANSKI, *Die Aufträge zu Gunsten Dritter* T. I, Leipzig, 1904.

Les conventions sont sans effet à l'égard des tiers; elles ne peuvent ni leur nuire, ni leur profiter; *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*(1). Les tiers n'ayant pas concouru au contrat doivent demeurer étrangers à ses effets(2). Les héritiers des contractants ne sont pas des tiers, ils ne forment qu'une personne avec leur auteur; les obligations naissant des contrats se transmettent activement et passivement aux héritiers des parties(3). On peut aussi contracter d'une manière expresse ' pour soi et ses héri-

(1) C. 7, 60, *inter alios acta v. jud. aliis non nocere;* C. 4, 12, *ne uxor pro marito*, L. 3 « Certissimum enim est ex alterius contractu neminem obligari »; D. 50, 17, *de R. J.*, L. 73 § 4, L. 74; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 11. — (2) Cf. L. 11 cit.

(3) T. III, § 384.

tiers '(4); la mention des héritiers n'ajoute rien au contrat(5). — *Quid* si l'on a promis ou stipulé ' pour ses héritiers ' sans l'avoir fait pour soi-même, ou, ce qui revient au même, si l'on a promis ou stipulé ' pour l'époque de son décès ' (*cum moriar vel morieris — post mortem meam vel tuam*)? Le contrat est valable; en contractant seulement pour ses héritiers, on se borne à restreindre la durée des effets d'un contrat pur et simple, comme on la restreint en sens opposé si l'on contracte seulement pour soi à l'exclusion des héritiers. En réalité on ajoute au contrat un terme suspensif, qui expire au décès de la partie qui a contracté pour ses héritiers(6). Le droit classique n'admettait pas qu'on pût contracter seulement ' pour ses héritiers '(7) ou ' pour l'époque postérieure au décès ' (*post mortem meam vel tuam*)(8); il ne reconnaissait que les conventions faites ' pour le moment même du décès d'une partie ' (*cum moriar vel morieris*)(9). Mais Justinien valida les promesses et les stipulations faites ' pour les seuls héritiers ', soit directement(10), soit par la clause ' *post mortem* '(11).

(4) D 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 14.

(5) sauf dans les cas exceptionnels où le contrat étant de plein droit intransmissible aux héritiers, on convient qu'il sera transmissible (L. 38 cit. § 12 initio), si toutefois cette convention n'est pas frappée de nullité; D. 17, 2, *pro socio*, L. 52 § 9. — (6) C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 11.

(7) Gaius, III, 100 i. f., ou ' pour la veille du décès ' (*pridie quam moriar vel morieris*), Gaius, III, 100 i. f. — (8) Gaius, III, 100 initio et 158, cf. 100 i. f. et 101.

(9) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 15; cf. Gaius, III, 100 initio.

(10) C. 4, 11, *ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant*, L. un. A vrai dire, cette loi de Justinien n'a pas abrogé la règle *obligatio ab herede incipere non potest*. Elle a seulement soustrait à son application les contrats faits ' pour les héritiers '; ces contrats sont considérés comme conclus à terme; l'obligation prend naissance entre parties, mais elle n'est exigible qu'à leur décès. Cf. Maynz, II, § 206, note 15, § 245, p. 350-351.

(11) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 13; C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 11, cf. L. 15 pr. et § 1. Voyez aussi T. III, § 380, I.

Peut-on promettre ou stipuler ' pour soi et pour l'un de ses héritiers ', à l'exclusion des autres? Déjà dans le droit classique, malgré la désignation exclusive d'un seul des héritiers, le contrat produisait généralement de l'effet à l'égard de tous; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56 § 1, L. 137 § 8 initio. Cette règle était rationnelle; par cela seul que l'on promet ou stipule pour soi, la dette ou la créance entre dans le patrimoine du promettant ou du stipulant; à sa mort elle fait partie de sa succession; or les dettes ou créances héréditaires se transmettent nécessairement à tous les héritiers, à chacun en proportion de sa part héréditaire, parce que, pour cette part, il représente le défunt; cf. L. 56 § 1 cit. Seul le contrat verbal de stipulation, s'il avait pour objet un fait de l'homme, ne nuisait ou ne profitait qu'à l'héritier désigné; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 137 § 8 i. f. Mais Justinien ayant déclaré la stipulation de faire transmissible aux héritiers des parties comme la stipulation de donner (C. 8, 37 (38), *de contr. et committ. stipul.*, L. 13; T. III, § 384, 6°), celui qui promet ou stipule un fait de

Le principe d'après lequel les conventions sont sans effet à l'égard des tiers, conduit aux conséquences suivantes :

I. Un tiers non dénommé au contrat ne peut en invoquer le bénéfice[12], ni être obligé par le contrat[13]. Par exception à cette règle, si la majorité des créanciers héréditaires conclut un concordat avec la personne appelée à l'hérédité de leur débiteur, dans le but de la déterminer à accepter cette hérédité ou bien si la majorité des créanciers d'une personne lui accorde un sursis de payement, la convention est obligatoire pour la minorité des créanciers[14].

l'homme ' pour soi et pour l'un de ses héritiers ' transmet sa dette ou sa créance à tous. En ce sens Vangerow, III, § 608, *Anm.*, n° I, 2°, e initio. D'après Buchka (cité, § 8, p. 74-80), un contrat quelconque ne nuit ou ne profite qu'à l'héritier désigné; cf. Windscheid II, § 316 et note 10. Par dérogation à la règle de la transmissibilité du contrat à tous les héritiers des contractants, la convention libératoire consentie ' à un débiteur et à l'un de ses héritiers ' ne profite qu'à cet héritier pour sa part et non à ses cohéritiers; D. 2, 14, *de pact.*, L. 33; D. 23, 4, *de pact. dotal.*, L. 10. La convention libératoire n'empêche pas la transmission de la dette à tous les héritiers du débiteur; ceux à qui elle n'a pas été remise, ne peuvent invoquer le bénéfice du pacte.

Peut-on promettre ou stipuler exclusivement ' pour l'un de ses héritiers ', sans le faire pour soi-même? Par analogie du cas où l'on contracte pour tous ses héritiers, il y a un contrat conclu avec un terme suspensif, qui expire au décès du promettant ou du stipulant. L'obligation se forme dans le chef du contractant et dès lors elle doit passer indistinctement à tous ses héritiers, comme dans le cas précédent. Contra Vangerow, III, § 608, *Anm.*, n° I, 2°, e, et Windscheid, II, § 316 et note 10.

(12) Arg. C. 7, 56, *quib. res judic. non nocet*, L. 2 initio.

(13) C. 7, 60, *inter alios acta vel judic. al. non nocere*, L. 2, L. 3; C. 4, 12, *ne uxor pro marito*, L. 3.

(14) T. IV, § 530-531. Les conventions conclues par les esclaves ou les enfants sous puissance obligeaient aussi le chef de famille jusqu'à concurrence du pécule qu'il leur avait abandonné; I. 4, 6, *de action.*, § 10; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 4 (4 initio).

On cite souvent d'autres exceptions qui ne sont pas justifiées.

1° Si un héritier fiduciaire ou le possesseur d'une succession conclut un constitut à son profit ou bien reçoit un fidéjusseur, l'action naissant du constitut ou de la fidéjussion est acquise au fidéicommissaire à partir de la restitution de l'hérédité ou bien à l'héritier véritable qui évince le possesseur; D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 22. — D. 46, 1, *de fidej.*, L. 21 pr. Si, dans l'espèce, le fidéicommissaire et l'héritier véritable acquièrent une action sur le fondement d'un contrat auquel ils sont demeurés étrangers, c'est comme cessionnaires, réels ou fictifs, de la créance de l'héritier fiduciaire ou du possesseur de la succession; arg. D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 22 " quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium.. ". En ce sens Pothier, *Pand. Justin.* 36, 1, n° 48. Cf. Vangerow, III, § 608, *Anm.*, n° IV, 1°, d.

2° S'il a été convenu entre communistes que le partage des biens communs ne serait pas demandé dans un certain délai et que l'un des communistes aliène sa part indivise, l'acquéreur n'est pas admis à poursuivre le partage avant l'expiration du délai convenu; D. 10, 3, *comm. divid.*, L. 14 § 3; D. 17, 2, *pro socio*,

II. On ne peut valablement ni promettre le fait d'un tiers, ni stipuler pour autrui. La promesse du fait d'un tiers est à la fois nulle pour le tiers et pour le promettant : pour le tiers, parce qu'il n'est pas intervenu au contrat(15); pour le promettant, parce qu'il a promis quelque chose d'impossible; le fait d'un tiers n'est pas en notre pouvoir; nous pouvons prester notre propre fait, mais non le fait d'autrui(16). De même, la stipulation pour un tiers est nulle à l'égard du tiers, par le motif qu'il n'a pas concouru au contrat(17), et à l'égard du stipulant, faute d'intérêt(18). Toutefois :

A) en ce qui concerne la promesse du fait d'autrui, on promet valablement, à côté de ce fait, un fait personnel; c'est ce qui arrive dans diverses circonstances :

1° On s'engage valablement, après avoir promis le fait d'autrui, à payer soi-même une peine pour le cas où le fait du tiers ne serait pas presté. C'est une promesse conditionnelle ordinaire, une stipulation pénale(19).

2° On peut, en promettant le fait d'un tiers, garantir personnellement la prestation de ce fait; en assumant cette garantie, on prend un engagement personnel et, si l'on y manque, en n'obtenant pas la prestation du fait d'autrui, on est tenu à des dommages et intérêts(20). L'intention de garantir le fait d'un tiers peut être tacite, par exemple on déclare ' qu'on *fera* en sorte que le tiers effectue la prestation '(21) ou ' qu'on la *fera* exécuter par

L. 16 § 1. C'est que le cessionnaire d'une créance est soumis à toutes les exceptions dont le débiteur jouissait contre le cédant; voyez T. II, § 201, note 10. Cf. Vangerow, III, § 608, *Anm.*, n° IV, 2°, e.

(15) Arg. C, 7, 60, *inter alios acta v. judic. al. non nocere*, L. 2, L. 3.

(16) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 3 initio et 21. Pour justifier la nullité de la promesse du fait d'autrui vis-à-vis du promettant, on ne peut pas dire que ce dernier, n'ayant pas promis son propre fait, n'a pas voulu s'obliger et n'a pas consenti; Molitor, cité, I, n° 78 initio. Le consentement existe, mais il porte sur une impossibilité. Cf. Maynz, II, § 206, A.

(17) Arg. I, 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 initio.

(18) I. *eod.*, § 4 initio et 19 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 17 initio; C. 8, 38 (39), *de inut. stipul.*, L. 3 pr., L. 6 initio.

(19) I. 3, 19, *eod.*, § 21 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 2 initio.

(20) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 3 " Quodsi effecturum se, ut Titius daret, " spoponderit, obligatur ".

(21) § 3 cit., v^is^ cit^is^. Le vendeur ' qui garantit l'acheteur contre l'éviction de la part d'un tiers ' ou ' qui promet à l'acheteur qu'il ne sera pas évincé par un tiers ', est censé s'engager à faire en sorte qu'aucun tiers n'évince l'acheteur. Telle était du moins la doctrine de Paul (D. 45, 1, *de V. O.*, L. 83 pr. i. f.); elle était combattue par Ulpien; D. *eod.*, L. 38 pr. § 1 et 2 i. f. Elle n'en mérite pas moins la préférence. Contra Pothier, *Pand. Justin.* 45, 1, n°s 26-27; cet auteur restreint le texte de Paul à une éviction de la part du vendeur ou de son héritier, contrairement aux termes généraux ' *habere licere* ', dont se sert Paul.

lui '[22], etc.[23]. Le fait du tiers qu'on promet est parfois la ratification d'un acte juridique qu'on fait en nom propre mais en vue de ce tiers, dont on est le gérant d'affaires (*ratam rem dominum habiturum*); dans ce cas, on s'engage virtuellement à obtenir cette ratification; pour employer une expression moderne, on se porte fort pour le tiers[24]. Par voie d'analogie, le débiteur qui promet qu'un tiers cautionnera sa dette, s'engage implicitement à obtenir ce cautionnement[25].

3° Si l'on a promis ' pour soi *et* pour un tiers ', on est tenu pour moitié[26]; la promesse se divise par moitié entre le promettant et le tiers; elle est valable vis-à-vis du premier; elle est même valable pour le tout s'il s'agit d'une obligation indivisible[27]. Si l'on a promis ' pour soi *ou* pour un tiers ', on peut indistinctement être poursuivi pour le tout[28], car on a promis le tout pour son compte personnel.

B) En ce qui concerne la stipulation au profit d'un tiers,

1° le stipulant devient créancier si, indépendamment de la stipulation pour autrui, il en a fait une pour son compte personnel; alors la dernière stipulation doit produire ses effets, nonobstant la nullité de la première. Ainsi :

a) on se fait promettre valablement une peine pour le cas où la prestation stipulée au profit du tiers ne se réaliserait point. C'est une stipulation pénale ordinaire[29].

b) La stipulation au profit d'un tiers devient valable toutes les fois que le stipulant a un intérêt indirect à son exécution[30]. Je

(22) Arg. I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 3, passage transcrit à la note 20.

(23) Si l'on donne un fidéjusseur en sûreté de la promesse du fait d'un tiers, on veut garantir personnellement la prestation de ce fait, sinon la fidéjussion serait sans objet, faute d'une obligation principale; cf. D. 45, 2, *de duob. reis*, L. 5 " Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse et fidejussorem " adhiberi in ea obligatione.. „.

Ainsi encore la caution *alium judicio sisti* implique la garantie personnelle que le tiers se présentera en justice; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 24, L. 81 pr.

(24) D. 46, 8, *ratam rem dom. habit.*, L. 19 " In stipulatione, qua procurator " cavet ratam rem dominum habiturum, id continetur, quod intersit stipula- " tionis.. „, L. 13 pr.

(25) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 14 § 2 " Sed et si quis certam personam fidejus- " suram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, etc. „.

(26) Nov. 115, c. 6, v^is^ Quodsi quis..... solvat.

(27) Arg. D. 8, 4, *comm. praed.*, L. 5 " adjectio itaque vicini pro supervacuo " habenda est, ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat.. „. Mais, dans ce cas, le créancier devra lui restituer en argent la valeur de la moitié de la créance. — (28) Nov. 115, c. 6 i. f.

(29) I. 3, 19. *de inut. stipul.*, § 19 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 17 i. f.

(30) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 20 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 22; C. 8, 38 (39), *de inut. stipul.*, L. 3 pr.

puis stipuler de vous que vous payerez 1000 à mon administrateur; j'ai intérêt à ce que celui-ci ait, pour la gestion de mes affaires, des fonds dont il me devra compte[31]. — Je puis aussi stipuler de vous que vous ferez à mon créancier une prestation de manière à me libérer de ma dette[32]; après avoir promis à A le fonds de B, je puis stipuler de B qu'il livrera son fonds à A[33]; après m'être engagé envers A à lui construire une maison, je puis stipuler de B qu'il construira cette maison pour compte de A[34]. — La stipulation au profit d'un tiers présente encore de l'intérêt pour le stipulant si elle forme l'accessoire d'un contrat que le stipulant conclut principalement pour lui-même. Elle constitue alors un mode imposé à la partie adverse et le stipulant est intéressé à l'exécution de ce mode; si la partie adverse ne l'exécutait pas, elle obtiendrait plus que le contrat ne lui accorde. Le vendeur d'une chose louée stipule valablement de l'acheteur qu'il laissera le preneur en jouissance; il a un intérêt à cette stipulation, car le preneur expulsé par l'acheteur jouirait d'un recours contre son bailleur[35]. De même, en vendant un immeuble, je puis stipuler de l'acheteur qu'il concédera une servitude sur le fonds au profit d'un tiers; j'ai intérêt à l'établissement de cette servitude; celle-ci fait partie du prix de vente et j'ai intérêt au payement intégral du prix[36]. De son côté, le donateur peut stipuler du donataire une charge au profit d'un tiers; j'ai intérêt à voir exécuter la charge de ma libéralité, car je voulais seulement faire cette libéralité diminuée de la charge[36a]; Dans la dernière espèce, le stipulant peut non seulement agir en exécution du mode, mais en outre révoquer la donation pour cause d'inexécution du mode[37].

(31) I. 3, 19, *eod.*, § 20 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 23 initio.

(32) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 20 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 23 i. f.

(33) Arg. L. 38 cit. § 21, vis aut si quis..... datu iri.

(34) L. 38 cit. § 21 initio et i. f. Voyez encore L. 38 cit. § 21, vis aut si quis..... datu iri, D. *eod.*, L. 118 § 2, et D. 8, 4, *comm. praed.*, L. 6 § 3 (3), vis A quo non abhorret..... permittendum agere ».

(35) C. 4, 65, *de loc.*, L. 9; D. 19, 2, *loc.*, L. 25 § 1. Molitor, cité, I, n° 596, 2° initio.

(36) D. 8, 4, *comm. praed.*, L. 6 § 3a (3 i. f.), vis Idemque ait..... permittendum, et L. 5.

(36a) Le donateur dispose de l'action *praescriptis verbis* en dommages et intérêts. Contra Savigny, *System* IV, § 175, I, A i. f., Molitor, cité, I, n° 62 i. f., et Maynz, II, § 256, note 17.

(37) *Vatic. fragm.* 286 initio; C. 8, 54 (55), *de donat. quae sub modo*, L. 3 pr. Voici une autre application du même principe. Un tuteur honoraire stipule valablement du tuteur gérant '*rem pupilli salvam fore*'. En effet, si le tuteur gérant administre mal la tutelle, le tuteur honoraire est responsable d'un défaut de surveillance; il a donc intérêt à une bonne administration du gérant; I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 20 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 20.

c) Lorsqu'on stipule conjointement ' pour soi *et* pour un tiers ', la stipulation vaut pour moitié[38] et même pour le tout dans le cas d'une obligation indivisible[39]. Quant à la stipulation alternative ' pour soi *ou* pour un tiers ', elle vaut pour le tout d'une façon générale[40]. Elle a en outre une certaine efficacité par rapport au tiers; si celui-ci ne devient pas créancier, c'est au moins un *adjectus solutionis causa*[41].

2° La stipulation pour un tiers peut aussi conférer des droits à celui-ci, si elle est exceptionnellement valable pour le stipulant comme un accessoire d'un contrat qu'il conclut principalement pour lui-même[42]. Elle constitue alors vis-à-vis du tiers une offre de la part du stipulant; c'est l'offre d'une prestation à effectuer non pas par le stipulant, mais par le promettant. Cette offre peut être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée. Mais si, avant toute révocation, le tiers l'accepte, il a un droit acquis au bénéfice de la stipulation et peut agir contre le promettant en exécution de la promesse. L'action du stipulant lui appartient *utiliter*[43]. Voici des applications du principe :

a) Si le donateur a imposé un mode au donataire en faveur d'un tiers, celui-ci peut poursuivre l'exécution du mode[44].

(38) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4, vis Quod si quis..... ei adquiri; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 110 pr. Cf. C. 8, 38 (39), *de inut. stipul.*, L. 6 initio. D'après les Sabiniens, la stipulation était valable pour le tout; Gaius, III, 103; mais Justinien se prononça en faveur de la doctrine contraire des Proculéiens; voyez le passage précité de ses Institutes. Cf. D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 64.

(39) D. 8, 4, *comm. praed*, L. 5 " adjectio itaque vicini pro supervacuo habenda « est, ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat.. ».

(40) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 " ut obligatio quidem stipulatori adquiratur.. „.

(41) § 4 cit., vis Plane solutio..... mandati actionem; D. 46, 3, *de solut.*, L. 10, L. 12 § 1. Cf. T. III, § 287, I, 2°. — (42) Cf. le n° I, B, 1°, *b*, du présent paragraphe.

(43) comme dans le cas de mandat, car il y a ratification d'une gestion d'affaires; cf. le n° III, B 1° i. f., du présent paragraphe, et Molitor, cité, I, n° 62, *a* initio.

(44) C. 8, 54 (55), *de donat. quae sub modo*, L. 3 § 1 " Sed cum postea benigna " juris interpretatione divi principes *ei qui stipulatus non sit utilem actionem juxta* " *donatoris voluntatem competere admiserint*, actio, quae sorori tuae, si in rebus " humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur „. Cf. *Vatic. fragm.* 286 i. f. L'action utile dont il s'agit ici est l'action *praescriptis verbis* du donateur contre le donataire. On a soutenu que c'était une action utile *ex testamento;* on se fonde sur la prétendue possibilité de charger d'un fidéicommis un simple donataire entre-vifs, si l'on a stipulé la révocabilité de la donation; arg. D. 32, *de leg. 3°*, L. 37 § 3. Mais d'abord le dernier texte se borne à décider qu'on peut charger d'un fidéicommis un débiteur héréditaire; celui-ci est censé recevoir un legs de libération; D. 30, *de leg. 1°*, L. 77; en ce sens Pothier, *Pand. Justin.* 30, 31, 32, n° 86. Dans tous les cas, la loi 37 § 3 cit. n'admet qu'un fidéicommis résultant d'un acte de dernière volonté, et l'on en argumente en faveur d'une sorte de fidéicommis entre-vifs; cette dernière conception est très hasardée. Cf. Meyer-

b) Si une dot a été constituée à charge d'être restituée à un tiers à la dissolution du mariage, le tiers profite de cette stipulation (45).

c) Si le vendeur d'une chose louée stipule de l'acheteur qu'il laissera le preneur en jouissance, le preneur peut invoquer cette stipulation contre l'acheteur (46).

d) Si le vendeur d'un immeuble stipule de l'acheteur l'établissement d'une servitude sur l'immeuble en faveur d'un tiers, celui-ci a droit au bénéfice de la stipulation (47).

FELD, *Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht* I, p. 422, Marbourg, 1835-1837, et MAYNZ, II, § 256 et note 18. Contra SAVIGNY, *System* IV, § 175, I, C, SCHILLING, III, § 362, note p, et MOLITOR, cité, I, n° 62.

(45) D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 45; C. 5, 14, *de pact. conv.*, L. 7. Ces lois parlent seulement de la constitution de dot faite par un ascendant de la femme et d'une stipulation ayant pour objet de faire restituer la dot à la femme ou à ses enfants. Mais leurs décisions ne sont pas limitatives. Étant donnée la faveur de la dot, on comprend difficilement qu'on se fût montré plus sévère pour la constitution de dot que pour la donation entre-vifs. MOLITOR, cité, I, n° 62, *a* initio, paraît entendre en ce sens le D. 24, 3, *sol. matrim.*, L. 45 Contra VANGEROW, III, § 608, *Anm.*, n° I, 2°, f, MAYNZ, II, § 206, et note 16, et WINDSCHEID, II, § 316, 2, b. Cf. GIRARD, p. 449 et note 2.

(46) C. 4, 65, *de loc.*, L. 9 " Emptori quidem fundi necesse non est stare colo- " num, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo " pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, " bonae fidei judicio ei quod placuit parere cogitur ". Il résulte de cette loi que l'acheteur qui s'est engagé par le contrat de vente à respecter le bail, est tenu envers le preneur *(emptori.. necesse.. est stare colonum)*. Cf. T. IV, § 406, note 56, et MOLITOR, cité, I, n° 596, 2° initio.

(47) Cf. D. 8, 4, *comm. praed.*, L. 6 § 3*a* (3), vis A quo non abhorret..... Ce texte ne parle que de l'effet de la stipulation à l'égard du stipulant. La règle énoncée ci-dessus paraît être admise par MOLITOR, cité, I, n° 64 cbn. avec nos 61, 1° et 62, *a* initio.

On cite à tort d'autres exceptions au principe de la nullité des stipulations pour autrui :

1° En donnant en commodat ou en dépôt la chose d'autrui, on peut stipuler qu'elle sera restituée au propriétaire; C. 3, 42, *ad exhib.*, L. 8. C'est une application pure et simple des règles du mandat (ou de la gestion d'affaires ratifiée); le propriétaire de la chose prêtée ou déposée a utilement comme mandant l'*actio commodati vel depositi directa*. En ce sens MAYNZ, II, § 206 et note 19. Contra MOLITOR, cité, I, n° 65 initio, VANGEROW, III, § 608, *Anm*, n° I, 2, g, et WINDSCHEID, II, § 316, 2, c.

2° Le créancier hypothécaire peut, lors de la vente de la chose hypothéquée, faire un pacte de rachat au profit du débiteur; D. 13, 7, *de pigner. act.*, L. 13 pr.; D. 20, 5, *de distr. pignor.*, L. 7 § 1. Ici encore il s'agit d'un mandant qui exerce utilement l'*actio venditi*; la concession de l'hypothèque implique un mandat de vendre. L'action *in factum* mentionnée à la fin du premier passage est l'*actio venditi utilis*; car le jurisconsulte venait de dire que le débiteur pouvait se faire céder l'*actio venditi* par le créancier hypothécaire; cf. T. II, § 211, note 5, n° 5. En ce sens MAYNZ, II, § 206 et note 19. Contra MOLITOR, cité, I, n° 65 initio, VANGEROW, III, § 608, *Anm.*, n° I, 2, h, et WINDSCHEID, II, § 316, 2, e.

III. Jusqu'ici nous avons supposé qu'on promettait ou stipulait pour un tiers en nom propre ou personnel; mais ne peut-on pas le faire au nom de ce tiers, de manière que le contrat soit considéré en droit comme conclu par le tiers, à l'exclusion du promettant ou du stipulant, qui n'apparaîtrait plus que comme un intermédiaire matériel, comme un instrument par lequel le tiers aurait contracté lui-même? Le droit romain subit ici, dans le cours du temps, des modifications sensibles.

A) En principe le représentant doit promettre ou stipuler en nom personnel, comme s'il agissait dans son intérêt personnel; car, à proprement parler, il est impossible de vouloir pour un autre, on ne peut vouloir que pour soi-même; la volonté est éminemment personnelle. Le représentant doit donc personnellement vendre ou acheter, donner ou prendre en location, prêter ou emprunter, etc.(48). Le représentant contractant en nom propre devient aussi débiteur ou créancier personnel des tiers avec lesquels il contracte; débiteur, il est soumis à l'action des tiers; créancier, il a action contre eux(49). La règle s'applique au mandataire(49), au tuteur(50), au curateur(50) et au gérant d'affaires(51). Mais, comme le contrat a été conclu de la part du représentant en vue du principal, ses effets doivent être transférés à ce dernier, au moins quant au résultat matériel; c'est le principal qui doit recueillir les avantages du contrat et en supporter les charges. — En particulier, le mandataire qui, après une *promesse*, est devenu débiteur du tiers, dispose contre le mandant de l'action contraire de mandat, pour se faire libérer de la dette; le mandant doit payer le tiers créancier ou bien, si celui-ci y consent, s'obliger envers lui au lieu

(48) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 5 § 6 « Julianus libro undecimo digestorum « scribit procuratori constitui posse : quod Pomponius ita interpretatur, ut *ipsi* « *procuratori* constituas te soluturum, *non domino* ».

D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9 pr. « Sed et si absens sit pupillus, oportere « tutorem *suo nomine* stipulari nequaquam ambigendum est ».

D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 11 « *Quaecumque gerimus*, cum ex nostro contractu « originem trahunt, *nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem* « *actum nostrum efficiunt* : et ideo neque stipulari neque emere vendere contra- « here, ut *alter suo nomine* recte agat, possumus ».

C. 4, 27, *per quas pers. nob. adquir.*, L. 1 § 1 « Si igitur procurator non sibi, sed ei, « cujus negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est idque « pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio adquisita est.. ».

C. 4, 50, *si quis alteri*, L. 6 § 3 « Sin vero ab initio negotium uxoris gerens « comparasti *nomine ipsius, empti actionem nec illi* nec tibi *adquisisti, dum* tibi « non vis *nec illi potes..* ». D'après cette constitution (§ 2), il n'est pas même possible, après avoir contracté pour soi, d'insérer valablement dans un écrit subséquent le nom du principal. — (49) Gaius, II, 95; Paul, V, 2, § 2 initio.

(50) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 5 § 7-8. — (51) C. 4, 50, *si quis alteri*, L. 6 § 3.

et place du mandataire[52]. Si le mandataire a payé le tiers de ses propres deniers, il peut, par la même action contraire de mandat, se faire rembourser la dépense[53]. Réciproquement lorsque, par suite d'une *stipulation*, le mandataire est devenu créancier du tiers, le mandant peut, par l'action directe de mandat, le forcer à céder les actions acquises contre le tiers; il poursuivra ensuite celui-ci par les actions cédées[54]. Dans le cas où le mandataire a déjà reçu le payement de la dette du tiers, il en doit compte au mandant à la dite action[55]. — De son côté le tuteur qui a contracté pour compte du pupille, peut payer le tiers créancier avec les deniers pupillaires, ou bien se faire payer par le tiers débiteur et porter à l'actif du pupille ce qu'il a reçu. S'il n'a pas payé avec les deniers pupillaires, il peut, à la fin de la tutelle[56] et par l'action de tutelle contraire, se faire indemniser du payement fait avec les deniers propres ou bien se faire libérer de l'obligation non encore acquittée[57]. S'il n'a pas été payé par le tiers débiteur, il doit, à la fin de la tutelle[58] et à l'action directe de la tutelle, céder au pupille les actions acquises contre le tiers[59]. — On suit des règles analogues dans le cas où un curateur a contracté dans l'intérêt de l'incapable; à la fin de la curatelle[60] il y a lieu à des actions utiles de tutelle, directe ou contraire[61]. — En ce qui concerne le gérant d'affaires, si les conditions de l'action contraire de gestion d'affaires sont réunies, il se fait libérer ou indemniser par cette action[62]; de son côté il est obligé, à l'action directe de gestion d'affaires, de céder au maître les actions acquises contre les tiers ou bien de tenir compte de leur produit[63].

Dans deux cas seulement, le représentant était admis dès les temps les plus reculés à contracter au nom de son principal, de telle manière que c'était le principal et non le représentant qui était la partie contractante. Encore dans ces deux cas l'exception est-elle apparente; le soi-disant représentant est un simple organe, un instrument du principal; il se borne à exprimer la volonté du principal; c'est celui-ci qui est partie au contrat, qui promet ou stipule. En premier lieu, on peut promettre ou stipuler par messager[64],

(52) D. 17, 1, *mand.*, L. 45 pr. — (53) Paul, II, 15, § 2.

(54) D. 17, 1, *mand.*, L. 43. — (55) D. 3, 3, *de procur.*, L. 46 § 4.

(56) D. 27, 4, *de contr. tut. et ut. act.*, L. 45 pr. i. f., L. 1 § 3 initio.

(57) I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 2 i. f.

(58) D. 27, 3, *de tut. et rat. distr.*, L. 4 pr. initio.

(59) D. *eod.*, L. 1 § 3 initio; C. 5, 51, *arb. tut.*, L. 9 initio.

(60) C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 2, L. 14.

(61) et, dans le cours de la curatelle, à des actions utiles de gestion d'affaires, directe ou contraire; cf. T. V, § 636*a*, note 9 i. f.

(62) I. 3, 27, *de oblig. quasi ex contr.*, § 1 initio. — (63) § 1 cit. i. f.

(64) D. 2, 14, *de pact.*, L. 2 pr.; D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 14 § 3, L. 15; D. 17, 2, *pro socio*, L. 84; D. 18, 1, *de contr. empt.*, L. 1 § 2; D. 44, 7, *de O. et A.*, L. 2 § 2.

sauf au contrat verbal de la stipulation[65]. Le messager n'est qu'un organe de l'expéditeur; c'est un instrument par lequel il consent[66], comme la lettre exprime la volonté de son auteur; c'est une lettre vivante. En second lieu, les esclaves et les enfants sous puissance peuvent *stipuler* pour leur chef[67]. Juridiquement ils ne forment qu'une seule personne avec lui; c'est le chef de famille qui stipule par leur intermédiaire; comme le dit un texte, la voix du fils de famille équivaut à la voix du père; *filii vox tamquam tua intelligitur*[68]. Aussi, dans l'ancien droit romain, le chef de famille profitait-il des stipulations faites par ses esclaves ou par ses enfants sous puissance, alors même que ceux-ci n'avaient pas stipulé expressément pour lui; car rien ne pouvait leur appartenir en propre[69]. La législation de Justinien a seulement maintenu la dernière règle ponr les esclaves[70]; les enfants sous puissance ont conquis la capacité d'avoir un patrimoine propre[71] et partant leurs stipulations ne profitent plus à leur chef que si elles ont été faites pour lui[72]. De même, encore à cause de l'unité de personne, le père de famille stipule valablement pour ses enfants sous puissance[73] et ceux-ci les uns pour les autres[73], du moins en droit nouveau; car anciennement ces stipulations profitaient forcément au père de famille[74]. D'autre part, en vertu du droit prétorien, un esclave ou un enfant sous puissance peut *promettre* pour son chef, en ce sens que, si un pécule lui a été abandonné, le chef est obligé par la promesse jusqu'à concurrence du pécule et soumis à l'*actio de peculio;* il est réputé avoir promis lui-même par l'organe de son esclave ou de son enfant sous puissance. Cette obligation du chef de famille est même indépendante d'une promesse faite pour son compte; elle résulte de la simple promesse de l'esclave ou de l'enfant[75].

B) Cette théorie rigoureuse subit plus tard les modifications suivantes :

1° Jusqu'ici les tiers devenus créanciers du représentant ne pouvaient agir contre le principal que pour autant que celui-ci se

(65) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 12 initio.

(66) D. 13, 5, *de pec. constit.*, L. 15 « ministerium tantummodo hoc casu « praestare videtur ».

(67) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 17 initio, L. 45 pr ; D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 53 initio.

(68) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 i. f. — (69) Gaius, II, 86-87 initio.

(70) I. 3, 28, *per quas pers. nob. oblig. adquir.*, pr. initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 45 pr.

(71) I. 3, 28, *per quas pers. nob. oblig. adquir.*, pr. i. f.

(72) D. 45, 1, *de V. O.*, L. 38 § 17 initio. — (73) Cf. D. *eod.*, L. 39.

(74) I. 3, 19, *de inut. stipul.*, § 4 i. f.; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 39, cf. L. 13[illegible].

(75) I. 4, 6, *de action.*, § 10; I. 4, 7, *quod cum eo qui in al pot.*, § 4 (4 initio). Cf. T. IV, § 432, 5°.

fût engagé envers eux au lieu et place du représentant, et le principal ne pouvait poursuivre les tiers devenus débiteurs du représentant qu'après avoir obtenu la cession des actions de ce dernier. Le préteur et la jurisprudence firent disparaître ces entraves; les tiers obtinrent de plein droit une action contre le principal et réciproquement. Dans le cas d'un mandat, les tiers obtinrent contre le mandant, indépendamment de l'*actio de pecutio* déjà citée, les actions exercitoire, institoire, quasi-institoire, *Quod jussu* et tributoire(76), et le mandant contre les tiers des actions utiles basées sur une fiction de cession(77). De même, les tiers qui avaient contracté avec un tuteur ou un curateur, reçurent une action utile contre l'incapable(78) et vice versa(79). Enfin, aux tiers qui avaient contracté avec un simple gérant d'affaires, on accorda contre le maître l'action *de in rem verso*(80) et, comme la ratification de la gestion d'affaires implique un mandat, le maître dispose contre les tiers des actions utiles fictices qui appartiennent au mandant(81). Les tiers avaient maintenant l'option entre la poursuite du représentant et celle du principal(82) et de leur côté ils pouvaient être actionnés par l'un ou par l'autre(83); si le représentant et le principal agissaient en même temps contre les tiers, le principal obtenait naturellement la préférence(83).

2° La règle en vertu de laquelle le représentant contractait en nom propre et devenait personnellement débiteur ou créancier des tiers, n'en restait pas moins debout; les actions entre les tiers et le principal n'excluaient pas les actions entre les tiers et le représentant. Mais le droit de Justinien a encore réalisé une autre réforme. Si, à l'occasion d'une promesse, le représentant a fait connaître son principal au tiers stipulant, en se renfermant dans les limites de ses pouvoirs, le tiers est réduit à ses actions contre le principal; il n'en a pas contre le représentant. Dans ce cas, il a dû contracter en vue du principal; il doit s'en tenir à lui et souffrir de son insolvabilité. Il est d'ailleurs équitable qu'il souffre de celle-ci plutôt que le représentant; il a voulu faire une affaire, tandis que

(76) I. *eod.*, § 1-3; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 19 pr.; D. 19, 1, *de A. E. V.*, L. 13 § 25 initio. Cf. T. IV, § 432.

(77) Cf. D. 3, 3, *de procur.*, L. 68, D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1 § 18, D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 1 i. f., L. 2, et D. 46, 5, *de stipul. praet.*, L. 5.

(78) D. 21, 2, *de evict.*, L. 4 § 1 et arg. de ce texte.

(79) D. 26, 9, *quando ex facto tut. v. curat.*, L. 2.

(80) I. 4, 7, *quod cum eo qui in al. pot.*, § 4-4a (4 initio) et arg. de ces textes.

(81) Cf. T. IV, § 475.

(82) D. 14, 7, *de exerc. act.*, L. 1 § 17, L. 5 § 1; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 17 § 1, L. 19 pr.

(83) D. 3, 3, *de procur.*, L. 28, vis Si procurator meus..... procurator factus.

le représentant a voulu rendre un pur service. Le représentant qui fait connaître son principal au tiers stipulant et se renferme dans les limites de ses pouvoirs, n'est plus tenu personnellement envers le tiers que s'il s'est porté garant personnel de la dette ou si, étant encore en fonctions, il détient des biens de son principal, auquel cas il peut du moins être poursuivi sur ces biens (84).

(84) Ces règles sont consacrées d'une manière expresse pour les tuteurs et curateurs; D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 43 § 1; D. 26, 9, *quando ex facto tut.*, L. 5 § 1; C. 5, 37, *de admin. tut.*, L. 15, L. 26 § 3; cf. VANGEROW, III, § 661, *Anm.*, p. 499 i. f. En ce qui concerne le mandataire, abstraction faite de l'analogie de la tutelle et de la curatelle, elles résultent implicitement des textes suivants :

1° D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 5 § 3 (L. 6 § 1), ULPIEN, " Item si procuratori tuo " mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus " tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum " cum quo contraxi nullam. Quid tamen si a procuratore tuo stipulatus sum? " Potest dici superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex " abundanti hanc stipulationem interposui „.

" De même, si j'ai prêté de l'argent à votre mandataire en considération de " votre personne, pour qu'il paye votre créancier ou libère votre chose d'une " hypothèque, j'aurai contre vous l'action de gestion d'affaires; je n'en aurai " aucune contre mon cocontractant. Toutefois que décider si j'ai stipulé de votre " mandataire la somme prêtée? On peut dire que l'action de gestion d'affaires " continue de m'appartenir contre vous; car j'ai fait d'une manière surabon- " dante la stipulation susdite „.

Quelqu'un avait prêté de l'argent à un mandataire, lequel avait nommé son mandant, car le prêt avait été fait en vue du mandant (*tui contemplatione*). Ulpien refuse au prêteur toute action contre le mandataire, à moins que celui-ci ne se soit engagé au remboursement de l'argent par une stipulation spéciale (*adversus eum cum quo contraxi nullam*). Il accorde seulement au prêteur l'action contraire de gestion d'affaires contre le mandant. Vainement objecterait-on que, dans l'espèce, le prêt avait été fait en vue du mandant. Toutes les fois que le mandataire nomme son mandant, le contrat est conclu en vue de ce dernier. Peu importe aussi que le tiers prêteur dispose ici contre le mandant de l'action de gestion d'affaires. Si l'action contre le mandataire est exclue par l'action de gestion d'affaires contre le mandant, elle doit l'être également lorsque le tiers peut poursuivre le mandant par les actions exercitoire, institoire ou quasi-institoire.

2° C. 4, 2, *si certum petatur*, L. 13, DIOCLETIEN et MAXIMIEN, " Eum, qui mutuam " sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini " rerum eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet „. Cette loi confirme la précédente Elle soumet seulement le mandataire à l'action du tiers prêteur parce que celui-ci n'avait pas prêté en vue du mandant (*non contemplatione domini rerum*). Si le mandataire avait nommé son mandant, le prêt serait intervenu en vue du mandant et le mandataire eût été à l'abri de la poursuite.

3° D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 20, SCAEVOLA, " Lucius Titius mensae nummulariae " quam exercebat habuit libertum praepositum : is Gaio Seio cavit in haec " verba : ' Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. ' Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis nume- ' rare debebo pridie kalendas Maias '. Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine " herede bonis ejus venditis an ex epistula jure conveniri Terminalis possit.

En résumé, le nouveau droit romain admet une représentation de fait en faveur du représentant, dès qu'il se renferme dans ses pouvoirs et qu'il nomme son principal aux tiers avec lesquels il contracte; la convention oblige alors exclusivement le principal. Mais il n'existe pas de représentation en faveur du principal; le représentant qui stipule devient personnellement créancier; la créance et l'action

" Respondit nec jure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum " superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandum scripsisset „.

" Lucius Titius avait mis un affranchi à la tête de la banque qu'il exploitait; " l'affranchi s'engagea envers Gaius Seius en ces termes : ' Octavius Terminalis, ' gérant les affaires d'Octavius Felix, à Domitius Felix salut. Vous avez à la ' banque de mon patron mille deniers, que je devrai vous payer la veille des ' calendes de Mai '. Lucius Titius étant décédé sans héritiers et ses biens ayant été " vendus, on a demandé si Terminalis peut être légitimement poursuivi en vertu " de la dite lettre. Il (Scaevola) a répondu qu'en droit il n'était pas obligé par les " mots précités et que l'équité ne permettait pas davantage de le poursuivre, " car il avait écrit la lettre à raison de son emploi de préposé commercial, dans " le but de faire une promesse pour compte de la banque „.

Remarquons, pour l'intelligence de la loi, que le maître de la banque y est appelé à la fois Lucius Titius et Octavius Felix et le tiers créancier de la banque Gaius Seius et Domitius Félix; TREITSCHKE, *Traduction allemande du Corpus juris*, ad h. l., note 20. Scaevola décide que le mandataire Octavius Terminalis, qui avait fait connaître son mandant, ne peut être attaqué par le tiers créancier; il déclare cette poursuite contraire au droit et à l'équité, parce que le mandataire a voulu obliger seulement la banque (*cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset*), c'est-à-dire le mandant et non sa propre personne. Or cette considération s'applique, avec l'évidence la plus frappante, à tous les cas où le mandataire a fait connaître aux tiers le nom de son mandant; quel autre but pourrait-il avoir par là que celui de dégager sa propre responsabilité? On n'est donc pas autorisé à écarter la loi sous le prétexte que le mandataire n'aurait pas voulu, dans ce cas particulier, s'obliger personnellement; WINDSCHEID, II, § 482, note 17 initio. On ne peut pas non plus soutenir que le mandataire aurait simplement délivré le billet pour servir à la preuve de l'obligation; VANGEROW, III, § 661, *Anm.*, p. 500. Le mandataire avait bien réellement contracté une dette, autant que tout autre mandataire.

4° D. 12, 6, *de cond. indeb.*, L. 57 § 1, PAPINIEN, « Creditor, ut procuratori suo « debitum redderetur, mandavit : majore pecunia soluta procurator indebiti « causa convenietur : quod si nominatim, ut major pecunia solveretur, delega- « vit, indebiti cum eo qui delegavit erit actio, quae non videtur perempta, si « frustra cum procuratore lis fuerit instituta ».

« Un créancier a donné à son débiteur le mandat de payer la dette au « représentant du créancier. S'il a été payé une somme trop forte, le représen- « tant sera poursuivi du chef du payement indu. Toutefois, si le créancier a « chargé expressément le débiteur de payer une somme trop élevée, l'action en « répétition se donnera plutôt contre le délégant, et elle n'est pas considérée « comme éteinte parce que le procès a été inutilement engagé avec le repré- « sentant ».

Un débiteur, d'après l'ordre de son créancier, paye entre les mains du mandataire de ce dernier; seulement il paye trop. Contre qui a-t-il la *condictio*

qui en résulte reposent sur sa tête; le principal ne participe à l'acquisition de la créance que par une action utile fictice déduite de l'action directe du représentant. On suit d'autres règles pour l'acquisition de la possession et des droits réels. Sous Justinien, la tradition et la quasi-tradition faites à un représentant procurent

indebiti? Si le créancier n'a pas indiqué au débiteur la somme à payer, le mandataire est soumis à l'action en répétition; car il est censé avoir reçu l'excédent contrairement à la volonté du créancier. Mais si le créancier a lui-même indiqué à son débiteur la somme trop forte, c'est le mandant, et non le mandataire, qui doit répondre à la *condictio indebiti*; pourquoi? le mandataire s'est borné à recevoir ce qu'on lui a dit de recevoir et le mandant était connu.

5° C. 8, 45 (46), *credit. evict. non debere*, L. 1, L. 2. Aux termes de ces lois. le créancier hypothécaire qui vend la chose hypothéquée et qui déclare aux tiers faire la vente en vertu de son hypothèque, ne doit en principe aucune garantie personnelle à l'acheteur du chef de l'éviction de la chose. Or le créancier hypothécaire procède à la vente de la chose hypothéquée en qualité de mandataire du débiteur, en vertu du mandat tacite de vendre contenu dans la convention d'hypothèque; cf. T. II, § 271 et note 6. Il s'ensuit que le mandataire qui vend une chose en dehors d'une convention d'hypothèque, n'est pas non plus personnellement garant de l'éviction de la chose, s'il a nommé le mandant, et il n'y a pas de motif de restreindre cette irresponsabilité du mandataire au cas d'éviction.

A côté de ces lois qui refusent toute action contre le mandataire, les suivantes le déclarent tenu s'il s'est porté personnellement garant de la dette contractée; D. 3, 3, *de procurat.*, L. 67; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 19 pr.; voyez encore le D. 3, 5, *de neg. gest.*, L. 5 § 3 (L. 6 § 1), expliqué sous le n° 1 de la présente note.

La doctrine d'après laquelle le mandataire qui a fait connaître son mandant aux tiers, est à l'abri de l'action de ceux-ci, n'est pas contredite par les textes qui accordent aux tiers le droit pur et simple de poursuivre le mandataire; D. 14, 1, *de exerc. act.*, L. 1 § 17, L. 5 § 1; D. 14, 3, *de instit. act.*, L. 17 § 1; D. 17, 1, *mand.*, L. 49, vis Servum Titii emi..... suum esse, et vis de jure evictionis..... venditurus non fuerit. On peut et doit les rapporter à des hypothèses où le mandataire n'avait pas fait connaître son mandant, ou bien avait personnellement garanti la dette ou bien était encore en fonctions et détenait des biens du mandant. L'importance de ces hypothèses explique les décisions générales des textes précités.

Ces décisions relatives aux tuteur, curateur et mandataire doivent être étendues par analogie au gérant d'affaires qui a nommé son maître au tiers stipulant et géré de manière à l'obliger envers lui même à l'action contraire de gestion d'affaires et envers le tiers stipulant à l'action *de in rem verso*.

L'opinion dominante nous est contraire, du moins pour le mandataire et le gérant d'affaires; on enseigne communément que ceux-ci, même s'ils ont nommé leur principal au tiers stipulant et l'ont régulièrement obligé, doivent d'une manière générale répondre à l'action du tiers. Voyez surtout Buchka, cité, § 5, p. 44-51, Vangerow, III, § 661, *Anm.*, et Windscheid, II, § 482 et note 17.

En notre sens Unterholzner, cité, I, § 95, B, p. 196-198. L'auteur admet que le mandataire et le gérant d'affaires qui ont nommé leur principal aux tiers et n'ont pas dépassé leurs pouvoirs, ne sont pas liés envers les tiers, sauf s'ils ont personnellement garanti la dette ou si le mandataire a encore l'administration des biens du mandant.

Thibaut, I, § 455 et 457-459, enseigne que le mandataire encore en fonctions

directement au principal la possession[85], la propriété[86], l'emphytéose[87], la superficie[87], le droit de servitude[87] et la stipulation d'une hypothèque de la part d'un représentant la fait aussi acquérir immédiatement au principal[88].

est seulement tenu envers les tiers sur le patrimoine du mandant, et qu'après avoir déposé sa charge, en principe il n'est plus obligé d'aucune manière.

MAYNZ, II, § 222 et note 18, § 223, 1° initio et 2°, note 12, estime que le mandataire non commercial n'est pas soumis à l'action des tiers, s'il s'est renfermé dans ses instructions, qui étaient connues des tiers contractants.

Tel est le droit romain définitif pour les promesses du représentant. En ce qui concerne ses stipulations, on se départit seulement dans un cas particulier de la règle d'après laquelle le représentant stipule en nom propre et devient personnellement créancier, savoir dans le prêt de consommation : le représentant y agit au nom du principal; celui-ci apparaît comme la partie contractante, devient créancier et acquiert l'*actio mutui directa*; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 2 § 4, L. 9 § 8, L. 15 initio; D. 45, 1, *de V. O.*, L. 126 § 2; C. 4, 27, *per quas pers. nob. adquir.*, L. 3 (2); arg. C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 4. Voyez en ce sens VANGEROW, III, § 608, *Anm.*, n° I, 2°, c, § 623, *Anm.* 1, n° II, 4, et WINDSCHEID, II, § 313 et note 3. Cf. MOLITOR, cité, I, n° 63. Contra MAYNZ, II, § 206 et note 20. Il en est ainsi alors même que le prêt a été fait par un simple gérant d'affaires; D. 12, 1, *de reb. cred.*, L. 9 § 8; arg. C. 4, 2, *si certum pet.*, L. 4.

SAVIGNY, *System* III, § 113, p. 95-97, et *Obligationenrecht* II, § 56, p. 40-58, a voulu étendre cette décision spéciale à toutes les stipulations du représentant, à moins qu'elles ne soient faites dans la forme du contrat verbal. Mais le D. 41, 1, *de A. R. D.*, L. 53, qu'il invoque à son appui, concerne exclusivement la possession, et sa doctrine a contre elle le principe général d'après lequel on n'acquiert pas par des personnes libres de puissance; I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 5; C. 4, 27, *eod.*, L. 1. L'opinion de Savigny est restée isolée, voyez sa réfutation par VANGEROW, III, § 608, *Anm.*, n° I, p. 292-293.

(85) C. 7, 32, *de A. et R. P.*, L. 1.

(86) I. 2, 9, *per quas pers. nob. adquir.*, § 5. — (87) Arg. du même texte.

(88) C. 4, 27, *per quas pers. nob. adquir.*, L. 3 (2). La règle s'applique même à la gestion d'affaires, pourvu qu'elle ait été ratifiée (D. 41, 2, *de A. v. A. P.*, L. 42 § 1 i. f. et arg. de ce texte) et, dans le cas de l'acceptation d'une hérédité par mandataire, le mandant acquiert la propriété par un mode non fondé sur la possession; cf. T. V, § 698.

ADDITIONS ET CORRECTIONS.

Tome premier.

p. 32, ligne 17, *au lieu de :* (1re partie), *lisez :* (1te Abt. et 2te Abt. 1).
p. 53, ligne 38, *après :* maintenu, *ajoutez :* sans pénalités.

Tome second.

p. 136, note 5, *au lieu de :* 4°, *lisez :* 3°.
p. 360, ligne 4, *après :* recueillent, *ajoutez :* à titre gratuit.
p. 360, note 47, ligne 1, *au lieu de :* § 4, *lisez :* § 2.

Tome troisième.

p. 7, note 12, *remplacez :* Cf. D. *h. t.*, L. 12 § 4, *par :* D. 46, 1, *de fidej.*, L. 23 ; cf. D. 45, 1, *de V. O.*, L. 56 § 2.
p. 175, ligne 1, *au lieu de :* pupille, *lisez :* impubère.
p. 201, note 36, ligne 1, *supprimez :* L. 42.
p. 256, note 13, *avant :* L. 15 cit., *mettez :* Arg.
p. 261, note 24, *après :* textes, *ajoutez :* cbn. avec D. 26, 7, *de admin. tut.*, L. 9 § 3-4.
p. 265, en tête de cette page, *mettez* . Section I. — **Notions et conditions.**
p. 299, note 3, *après :* p. 759-760, *ajoutez :* PLATON, *Nouv. revue historique de droit fr. et étr.* XXXIII (1909), p. 289-293 et 323-338.
p. 348, note 29, ligne 1, *au lieu de :* 3, *lisez :* L. 3.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME TROISIÈME.

LIVRE TROISIÈME. — DES OBLIGATIONS.

TITRE I. Des obligations en général.

§§		Pages.
283.	Notions	2

CHAPITRE I. DES EFFETS DES OBLIGATIONS.

284.	Aperçu de la matière	2

Section I. *Du payement.*

285.	Généralités	3
286.	De la personne qui paye	3
287.	De la personne à qui l'on paye	6
288.	De l'objet du payement	11
289.	Du lieu du payement	23
290.	Du temps du payement	25
291.	De la preuve du payement	27
292.	De l'effet du payement	29
293.	Des droits du débiteur empêché de payer par des circonstances relatives au créancier	30

Section II. *De l'inexécution des obligations.*

294.	Des causes d'inexécution des obligations	36
295.	Règles générales sur la responsabilité du débiteur	39
296.	Modifications de la responsabilité ordinaire du débiteur	41
297.	De la preuve	46
298.	Effets de l'inexécution coupable de l'obligation	46
299.	Effets de l'inexécution non coupable de l'obligation	58

Section III. *De la demeure.*

300.	Observations générales	83
301.	Conditions de la demeure du débiteur	87
302.	Conditions de la demeure du créancier.	96
303.	Effets de la demeure du débiteur	99
304.	Effets de la demeure du créancier.	105
305.	De la cessation de la demeure	107

Section IV. *Des moyens d'assurer l'exécution de l'obligation.*

306.	Énumération	108

I. *De la clause pénale.*

307.	Notions générales	109
308.	A quel moment la peine est encourue	111
309.	Effets de la peine enconrue	114

§§ Pages.

II. *De la dation d'arrhes.*

310. Notions générales 120
311. Effets des arrhes 121

III. *Des intercessions.*

312. Généralités 125

A) *De la fidéjussion.*

313. Notions et espèces 128
314. Conditions de la fidéjussion 129
315 Effets de la fidéjussion 131
316. Du recours auquel la fidéjussion donne lieu. 139
317. B) *Du constitut de la dette d'autrui.* 141
318 C) *Du mandat en faveur d'un tiers.* 142

D) *Des intercessions des femmes.*

319. Historique 145
320. Théorie du sénatus-consulte Velléien 145
320a. Réformes de Justinien 148

CHAPITRE II. DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

Section I. *Des obligations de donner et des obligations de faire.*

321. Objet de la division. 149
322. Importance de la division 150

Section II. *Des obligations de choses fongibles et des obligations de choses non fongibles.*

323. Objet de la division. 150
324. Importance de la division 151

Section III. *Des obligations conjonctives, alternatives et facultatives.*

325. Des obligations conjonctives 154
326. Des obligations alternatives 154
327 Des obligations facultatives 164

Section IV. *Des obligations civiles et des obligations naturelles.*

328. Règles générales 166
329. Des diverses obligations naturelles 171

Section V. *Des obligations de bonne foi et des obligations de droit strict.*

330. Notions et historique 191
331. Détermination des obligations de bonne foi et des obligations de droit strict 193
332. Importance de la division 195

Section VI. *Des obligations solidaires.*

333. Notion et conditions de la solidarité 197
334. Effets de la solidarité 203
334a. De la renonciation à la solidarité 215
335. Du recours auquel donne lieu le payement d'une dette solidaire. 216

§§ Pages.
336 De la prétendue distinction de la solidarité et de la corréalité. 220

Section VII. *Des obligations indivisibles.*

337. Des causes de l'indivisibilité des obligations 223
338. Importance de l'indivisibilité des obligations 232
339. Du recours auquel donne lieu l'obligation indivisible. . . 244
340. Différences entre la solidarité et l'indivisibilité des obligations. 245
341. Section VIII. *Des dettes d'argent* 246
342. Section IX. *De l'obligation de réparer un dommage.* 248

Section X. *De l'obligation de payer des intérêts.*

343. Notions générales 251
344. Des causes de l'obligation de payer des intérêts 254
345. Des restrictions apportées aux dettes d'intérêts 258

Section XI. *Des obligations privilégiées.*

346 Notions générales 262
347. Énumération des obligations privilégiées 263

CHAPITRE III. DE LA CESSION DES CRÉANCES.

Section I. *Notions et conditions.*

348. Notions générales 265
349. Conditions de la cession. 270

Section II. *Effets de la cession.*

350. Effets entre le cédant et le cessionnaire 281
351. Effets vis-à-vis du débiteur 283

CHAPITRE IV. DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DETTE.

352. Utilité de la reconnaissance d'une dette 298
353. Historique. 299
354. Conditions de la reconnaissance d'une dette. 300
355. Effets de la reconnaissance d'une dette. 304

TITRE II. **Des sources des obligations.**

356. Énumération 306

CHAPITRE I. DES CONVENTIONS.

Section I. *Des conventions en général.*

357. I. *Notion de la convention.* 307

II. *Historique des conventions.*

358. Des anciens contrats réels 308
359. Des anciens contrats verbaux. 311
360. Des anciens contrats littéraux 313
361. Des contrats consensuels et des pactes confirmés . . . 320
362. Historique des contrats verbaux 322
363. Historique des contrats réels 323
364. Historique des contrats littéraux 327

III. *Divisions des conventions.*

365. Des contrats et des pactes 329

§§ Pages.
366. Des conventions à titre onéreux et des conventions à titre gratuit. 339
367. Des conventions bilatérales et des conventions unilatérales . 340

IV. *Conditions des conventions.*

368. Énumération 342
369. A) *De la capacité des parties contractantes* 343

B) *Des prestations susceptibles de faire l'objet d'une convention.*

370. Généralités 348
371. De l'intérêt que doit présenter la prestation 349
372. De la détermination de la prestation 352
373. De la possibilité de la prestation 358

C) *Du consentement des parties.*

374. Règles générales 360
375. De l'erreur 394
376. Du dol 410
377. De la violence 422
378. De la simulation 430
379 De la condition 431
380. Du terme 442
381. Du mode 446
382. V. *De l'invalidité et de la confirmation des conventions* . . . 446
382a. VI. *De l'interprétation des conventions* 449

VII. *Des effets des conventions entre parties.*

383. A) *De l'irrévocabilité des conventions.* 451
384. B) *De la transmission des obligations conventionnelles aux héritiers des parties* 454
385. C) *De l'exécution des conventions bilatérales* 455
386. D) *De la rescision des conventions bilatérales pour cause d'inexécution.* 457

E) *De la garantie du chef d'éviction.*

387. Conditions de la garantie 461
388. Effets de la garantie du chef d'éviction 476

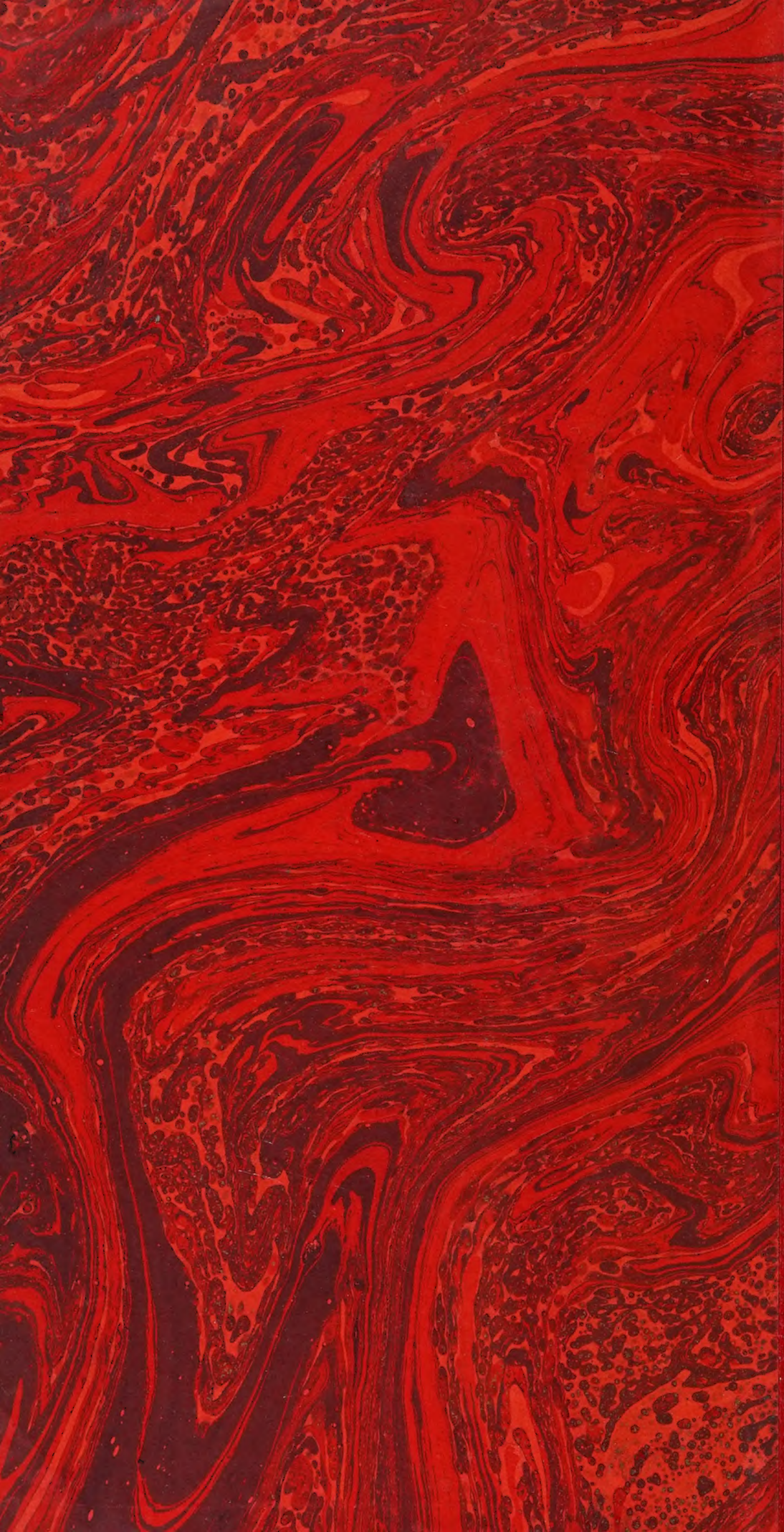
F) *De la garantie du chef des vices de la chose et des qualités promises.*

389. Conditions de la garantie 485
390. Effets de la garantie du chef des vices de la chose et des qualités promises 491

G) *Du recours pour lésion.*

391. Des cas où ce recours existe 501
392. Objet du recours pour lésion 503
393. VIII. *Des effets des conventions à l'égard des tiers* 503

33

Stanford Law Library
3 6105 062 382 218

G. E. STECHERT & Co
(ALFRED HAFNER)
NEW YORK